

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2022

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Modelli di responsabilità e *private enforcement*: appunti su PSD2 e operazioni di pagamento non autorizzate*.

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. Moneta e pagamento: dall'atto al procedimento. - 3. Pagamenti elettronici e intermediazione nel pagamento: regole organizzative e private enforcement. - 4. Pagamenti non autorizzati e responsabilità dei prestatori di servizi di pagamento. - 5. Conclusioni.

1. *Premesse.*

Il dibattito sul modello di responsabilità dei prestatori di servizi di pagamento delineato dalle Direttive europee è vivace. Animato da chi, da un lato, tende ad applicare la disciplina ordinaria dettata per la responsabilità contrattuale e chi, dall'altro, vede una buona ragione per derogarvi in risposta all'esigenza di rafforzare la fiducia degli utenti nell'utilizzo di strumenti di pagamento elettronici¹. Le differenti prospettive interpretative sono rese assai evidenti anche dalla giurisprudenza dell'Arbitro bancario e finanziario, specie con riferimento alle fattispecie concrete portate alla sua cognizione prima

* Il testo costituisce la versione riveduta, con l'aggiunta di note, della relazione tenuta al Convegno "Open Banking e Open Insurance", 19 maggio 2022, Firenze.

¹ Tra i molti S. CIRELLI, *Utilizzo non autorizzato dello strumento di pagamento e responsabilità della banca*, in *Giur. Comm.*, 2022, 438 ss.; V. DE STASIO, *Riparto di responsabilità e restituzioni nei pagamenti non autorizzati*, in M.C. PAGLIETTI, M.I. VANGELISTI (a cura di), *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella PSD2*, Roma, 2020, 459 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *La disciplina dei pagamenti non autorizzati nel nuovo sistema delineato dal recepimento della direttiva "PSD2"*, in *Dir. banc. fin.*, 2018, 627 ss.; F. QUARTA, *Rimedi civilistici in funzione pro-concorrenziale nel settore bancario. Spunti dalle discipline sulla "portabilità" dei mutui e dei servizi di pagamento*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, 127 ss.; U. MALVAGNA, *Clausola di riaddebito e servizio di pagamento. Una ricerca sul rischio d'impresa*, 2018, Milano, 150 s., spec. nt. 109; I.A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzione. Una rilettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 888 ss.; E. DEPRETIS, *La responsabilità della banca per pagamento illegittimo di bonifico bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, 192 ss.

della entrata in vigore della seconda Direttiva sui servizi di pagamento². Quest'ultima, infatti, specifica espressamente alcune regole di responsabilità prima ricavate dal complesso normativo soltanto in via interpretativa³; regole, che sembrano dirigere verso posizioni di maggiore rigore, prediligendo un criterio oggettivo per l'imputazione della perdita economica in capo all'intermediario.

È noto che la direttiva PSD2 introduce una serie di novità, gettando le basi della c.d. *open banking*⁴. Aumentano i soggetti autorizzati allo svolgimento delle prestazioni di pagamento e accessorie e, con essi, aumentano i conflitti. Ai vecchi conflitti tra i clienti e i prestatori di servizi di pagamento nell'esecuzione della prestazione di pagamento se ne aggiungono di nuovi: i conflitti tra operatori e clienti in relazione alla gestione dei dati dei primi e i conflitti tra vecchi operatori e nuovi operatori, più significativi sul piano della disciplina della concorrenza. Tra questi, i più rilevanti con riguardo alla definizione delle caratteristiche del modello di responsabilità prescelto sono senza dubbio i primi. La PSD2 rafforza le tutele, soprattutto per ciò che attiene alle ipotesi di pagamenti non autorizzati a causa di frodi informatiche, aprendo esattamente a una differente lettura della disciplina della responsabilità dei prestatori o, quantomeno, confermando la lettura più restrittiva data da alcune costruzioni. La tecnica utilizzata è quella di legare dimensione organizzativa dell'impresa e dimensione contrattuale, rendendo rilevanti sul piano del contenuto del rapporto alcune regole organizzative dirette a garantire la sicurezza del pagamento elettronico.

² In argomento, L. MUTTINI, *Frodi informatiche e responsabilità della banca: i nuovi orientamenti dell'arbitro bancario finanziario*, in questa *Rivista*, 2021, I, 41 ss.; D. MAFFEIS, *Ordini di pagamento e di investimento "on line" nella giurisprudenza di merito e nella fonte persuasiva dinamica dell'Abf*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1273 ss.

³ Il riferimento è, in particolare, al rilievo della prova da parte dell'intermediario della corretta autenticazione del cliente ai sistemi di pagamento sul piano della risoluzione del conflitto e, dunque, della imputazione della perdita economica derivata dal pagamento non autorizzato. Soltanto alcuni Collegi dell'Arbitro bancario e finanziario, già prima che la PSD2 lo esplicitasse, si pronunciavano nel senso che la mancata prova della corretta autenticazione del cliente comportasse la soccombenza del prestatore di pagamento a fronte della richiesta restitutoria avanzata dal titolare dello strumento di pagamento.

⁴ Tra gli altri, F. CIRAIOLO, *Open banking, open problems. Aspetti controversi del nuovo modello dei "sistemi bancari aperti"*, in questa *Rivista*, 2020, IV, 611 ss.

Il tempo darà torto o ragione rispetto alla scelta fatta. Scelta che orienta la tecnica normativa verso forme di regolamentazione sempre più dettagliate, attraverso la combinazione delle fonti, sicuramente utile sul piano dell'adeguamento delle condotte degli operatori nel breve periodo, ma foriera di non pochi rischi sul piano della stessa giustiziabilità dei rapporti, ove si consideri sufficiente il suddetto adeguamento al fine di escludere la responsabilità del prestatore di servizi di pagamento, rinunciando a bilanciare gli interessi in gioco alla luce dei principi ispiratori del modello di responsabilità prescelto dal legislatore.

Nell'economia di queste brevi note, punto di partenza è l'analisi del contenuto della prestazione cui sono tenuti i prestatori di servizio di pagamento. La procedimentalizzazione della fattispecie di pagamento, già presente nella vecchia versione della Direttiva, si arricchisce di nuovi obblighi imposti agli intermediari, con rilevanti ricadute sul contenuto dei rapporti nella prospettiva del legame tra dimensione organizzativa dell'impresa e contratto. Ciò, laddove le conseguenze più significative attengono al ruolo che potrebbe diventare possibile assegnare al *private enforcement*, con specifico riferimento alla sua attitudine a impattare sulle condotte degli operatori, inducendoli ad adottare sistemi organizzativi sempre più evoluti a tutela del cliente. Punto di approdo sarà perciò la definizione del ruolo che, in ragione delle differenti modalità di lettura della disciplina della responsabilità, può venire ad assumere il *private enforcement* sul piano del corretto funzionamento del mercato dei servizi di pagamento.

In premessa, va subito detto che riconoscere l'esistenza di una commistione tra dimensione organizzativa dell'impresa e contratto non significa mettere in dubbio la distinzione, quanto alla relativa portata, tra regole dettate in funzione del corretto esercizio dell'attività e regole dirette ad assicurare un equilibrato bilanciamento degli interessi sottesi al rapporto e, con essa, l'approccio interpretativo che esclude che la violazione delle prime possa comportare conseguenze immediate sulla relazione contrattuale a valle⁵. Nell'ambito delle prestazioni dei servizi

⁵ F. DENOZZA, *I conflitti d'interesse nei mercati finanziari e il risparmiatore "imprenditore di se stesso"*, in AA.VV., *I servizi del mercato finanziario. In ricordo di Gerardo Santini*, Milano, 2009, p. 148 ss.; R. DI RAIMO, *Fisiologia e patologie della finanza derivata. Qualificazione giuridica e profili di sistema*, in F. CORTESE e F. SARTORI (a cura di), *Finanza derivata, mercati e investitori*, Pisa, 2010, p. 34 ss.;

di pagamento, infatti, è la stessa costruzione delle tutele riconosciute agli utenti a segnalare detta commistione e, dunque, a legare alla violazione delle regole di organizzazione imposte all'impresa l'esperibilità da parte del cliente di rimedi dati.

Il collegamento tra organizzazione dell'attività di impresa e contratto non è una novità in ambito bancario. È ad esempio presente nella disciplina del merito creditizio con specifico riguardo al credito ai consumatori⁶. Nel mercato dei servizi di pagamento sembra nondimeno trovare uno spazio maggiore, proprio in ragione del mutamento del contenuto del rapporto di intermediazione nel pagamento che ha avuto luogo nel passaggio da una economia basata sul trasferimento di moneta cartacea, dove anche nelle fattispecie di intermediazione il trasferimento di ricchezza si riduceva alla dazione di danaro e il pagamento continuava a essere inquadrabile alla stregua di un atto, a un'economia in cui la circolazione di danaro è smaterializzata e l'intermediazione diventa un servizio espletato dall'impresa.

2. Moneta e pagamento: dall'atto al procedimento

ID., *Forme di controllo e profilo funzionale dei poteri dispositivi sul patrimonio (tra regole dei rapporti e regole dell'attività)*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 328 ss.

⁶ Anche lì è il legislatore che rende rilevante, sul piano del contenuto del rapporto, la valutazione del merito di credito del cliente da parte dell'istituto bancario. Il tema, caldo, è variamente affrontato e risolto in dottrina: con diversità di impostazioni v., per la prospettiva più restrittiva in termini di incidenza dell'obbligo sull'autonomia negoziale dell'intermediario, R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancaria e finanziaria (e assicurativa)*, cit., 322 ss.; G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, I, 38 ss.; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza bancaria*, cit., 133 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/Ce e l'armonizzazione «completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori»*, cit., 274. Da ultimo, M. SEMERARO, *Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 696 ss. Per la prospettiva che fa perno sul principio di autoresponsabilità ai fini del bilanciamento degli interessi del finanziatore e del consumatore, v. F. FALCONE, *“Prestito responsabile” e sovraindebitamento del consumatore*, *Dir. fall.*, 2010, 649; L. MODICA, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contr. Impr.*, 2012, 493 ss. In prospettiva parzialmente diversa, ma comunque nel senso di non addossare la valutazione di adeguatezza al finanziatore, G. CARRIERO e F. MACARIO, *Il credito bancario al consumo*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, in *Trattato dei Contratti* – P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2016, 1521 ss.

Partendo dal mutamento del contenuto del rapporto di intermediazione nel pagamento, va subito detto che a esserne stati interessati sono sia l'oggetto del pagamento, sia la stessa prestazione cui è tenuto l'intermediario.

L'oggetto del pagamento è la moneta e, in particolare, la moneta scritturale ed elettronica. Ciò che muta rispetto al passato è, pertanto, il criterio di imputazione del valore monetario al patrimonio: non più il possesso della banconota, ma le scritturazioni in conto e le registrazioni sul borsellino elettronico⁷.

La tesi dominante riconosce nella moneta avente corso legale una *ideal unit* e qualifica la situazione giuridica del titolare di moneta scritturale ed elettronica alla stregua di un diritto di credito⁸. Sulla stessa linea anche i documenti della Banca centrale europea sull'euro digitale, che distinguono chiaramente tra moneta pubblica e moneta privata, riservando la prima qualificazione soltanto alla moneta cartacea.

Una serie di indizi, tuttavia, induce a reputare che i titolari di moneta scritturale ed elettronica siano titolari di moneta avente corso legale al pari di chi ha nella propria disponibilità moneta cartacea, attecchendosi le scritturazioni in conto e i byte registrati sul borsellino elettronico, come è per il possesso delle banconote, alla stregua di criteri di imputazione del valore monetario al patrimonio e condizioni di legittimazione all'esercizio del potere economico d'acquisto che esso rappresenta dal punto di vista funzionale⁹. Le corrispondenti situazioni giuridiche si risolvono perciò in centri di interessi il cui referente oggettivo è dato da una utilità creata dall'ordinamento e dallo stesso riconosciuta in funzione solutoria. La struttura del potere attribuito al titolare di queste situazione è assai distante da quella caratterizzante le situazioni creditorie. C'è una diretta imputazione del valore monetario,

⁷ M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, Napoli, 2008; ID., *Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti*, in questa *Rivista*, 2019, II, 237 ss.

⁸ B. INZITARI, *La moneta*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* – F. GALGANO (diretto da), VI, Padova, 1986; ID., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2011, 36, che riprende la costruzione di A. NUSSBAUM, *Money in the law*, Chicago, 1939; ID., *Basic monetary conception in the law*, 35 *Mich. L. Rev.*, 868, 1936-1937.

⁹ V. riferimenti bibliografici nota 7.

del quale si dispone attraverso l'intermediario. L'unico spazio riservato al diritto delle obbligazione si esaurisce pertanto con l'esecuzione dell'ordine impartito dal cliente¹⁰.

A conferma di quanto detto v'è che, ove il pagamento venga effettuato con moneta scritturale o elettronica, la disposizione è sempre definitivamente solutoria. Tale non è, invece, la disposizione di un credito, a meno che le parti non pattuiscano espressamente in tal senso. Il rischio della incapienza della banca, insomma, è sopportato da chi riceve il pagamento e non da chi dispone. Il che significa che alla moneta scritturale ed elettronica non si applica la disciplina delle situazioni creditorie e che la relativa qualificazione in termini di credito è quantomeno inutile nelle relazioni tra privati.

L'individuazione nelle scritturazioni bancarie e nelle registrazioni elettroniche di un criterio di imputazione del valore monetario al patrimonio ha dirette ricadute sulla stessa definizione della fattispecie del pagamento. A questa stregua, infatti, è pagamento solutorio soltanto l'ultimo atto del procedimento il cui effetto consiste nell'imputazione della somma dovuta al patrimonio del creditore. Non, dunque, la consegna di un assegno circolare o bancario, bensì soltanto l'iscrizione o la registrazione del valore sul conto o sul borsellino elettronico. Dal punto di vista dei c.d. rapporti intermediati, pertanto, l'effetto solutorio si verifica nel momento dell'annotazione della somma sul conto del prestatore di servizi di pagamento del beneficiario¹¹.

¹⁰ M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, cit., *passim*.

¹¹ Invero, con riferimento al bonifico bancario l'individuazione del momento estintivo sembra dipendere del numero degli intermediari che partecipano all'operazione. Se, infatti, debitore e creditore hanno i rispettivi conti correnti presso il medesimo intermediario, il momento estintivo dell'obbligazione dovrebbe essere individuato nell'addebito, per un valore corrispondente alla somma oggetto dell'obbligazione, sul conto del debitore. Ciò, in quanto la banca è al contempo delegata al pagamento dal debitore medesimo e indicata a riceverlo dal creditore. Se, invece, ciascuna delle parti del rapporto ha un conto corrente presso intermediari diversi, il momento estintivo dovrebbe coincidere con l'acquisto, da parte dell'intermediario del creditore, della disponibilità della somma dovuta. Disponibilità ottenuta per mezzo delle scritturazioni corse tra i due istituti pagatori. In argomento, M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della ricchezza*, cit., p. 166 ss.

Sulla individuazione del momento estintivo dell'obbligazione pecuniaria adempiuta per mezzo di un bonifico bancario e sui rapporti tra ordine di bonifico e sua esecuzione, cfr., tuttavia, Corte giust., 3 aprile 2008, Causa C-306/06, Telekom GmbH c. Deutsche Telekom AG, in *dirittobancario.it* e in *Europa e dir. priv.*, 2008,

Alla modifica del criterio di imputazione del valore al patrimonio si accompagna, è ovvio, la modifica del contenuto della stessa prestazione dell'intermediario. Ed è soprattutto su questo piano che si osservano le principali novità¹².

Segnatamente, nel pagamento intermediato del codice civile, che pensava alla moneta cartacea, il pagamento a opera del delegato non perde la sua dimensione di atto. Resta pertanto qualificabile alla stregua di un trasferimento di danaro (*rectius*, consegna) che può considerarsi perfezionato con la ricezione della somma da parte dell'*adiectus*. Con la consegna all'*adiectus* c'è l'estinzione del rapporto di valuta, laddove la soddisfazione dell'interesse creditorio coincide con la ricezione da parte del creditore della disponibilità della moneta.

Nel pagamento intermediato della PSD e della PSD2, che pensano alla moneta scritturale ed elettronica, al fine del trasferimento è necessario avvalersi dei sistemi di pagamento, rappresentabili alla stregua di procedure automatizzate che permettono il trasferimento dei fondi dal cliente debitore al cliente creditore, transitando per regolamenti di compensazione. In questo differente scenario, non c'è più la consegna di moneta cartacea; c'è, invece, l'adempimento di una serie di obblighi di natura tecnica che sono individuati nei *rule books* dell'*European Payment Council*, che gli intermediari aderenti devono adempiere nell'esecuzione della prestazione di intermediazione. Si tratta di regole tecniche, meglio di schemi di pagamento, che mutano secondo la tipologia di trasferimento fondi che si attua¹³. Ci sono, ad

p. 1029, con nota di M.C. VENUTI, *Pagamento mediante versamento su conto corrente bancario e mora debendi nella disciplina in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*. Nello stesso senso del testo A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria tra diritto vivente e portata regolatoria indiretta della Payment Services Directive*, in M. MANCINI, M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento*, cit., 61 ss.

¹² Seppure in prospettiva diversa da quella del testo, v. la ricostruzione di V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Milano, 2016.

¹³ L'armonizzazione del mercato dei pagamenti è passata anche attraverso l'uniformazione delle regole tecniche mediante le quali eseguire le operazioni di pagamento, cui hanno contribuito il *SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook*, il *SEPA Direct Debit Scheme Rulebook* e lo Schema sugli *instant payment*. Sulla portata vincolante di tali schemi anche nei rapporti tra prestatori e clienti MAIMERI, *I Rulebook della Sepa: natura e funzioni*, in M. MANCINI, M. PERASSI (a cura di), *Il*

esempio, il *rule book* sul *credit transfert* o il *rule book* sugli *instant payment*. Hanno natura negoziale. Tutti gli operatori nell'ambito della SEPA devono aderirvi.

Il passaggio dal pagamento come atto al pagamento come concatenazione di atti nulla sposta rispetto al passato sull'individuazione del momento nel quale si produce l'effetto estintivo dell'obbligazione pecuniaria. A tal fine resta sempre necessario che il valore monetario sia riferibile al patrimonio del creditore o di un suo delegato attraverso uno degli anzidetti criteri di imputazione: non più il possesso della banconota, ma le scritturazioni in conto o le registrazioni elettroniche. Molto cambia, invece, sul piano degli obblighi cui sono tenuti i prestatori di servizi di pagamento nell'esecuzione della prestazione loro imposta, dato il ricorso a sistemi di pagamento che si avvalgono di procedure automatizzate per il trasferimento dei fondi. Esattamente l'imposizione di obblighi di natura tecnica apre alla possibilità di dare rilevanza alla dimensione organizzativa dell'impresa sul piano dei rimedi in ipotesi di inadempimento. Possibilità vieppiù avallata dal quadro normativo di recente introduzione.

3. Pagamenti elettronici e intermediazione nel pagamento: regole organizzative e private enforcement.

Come è stato affermato dalla stessa Banca d'Italia, l'evoluzione dei sistemi di pagamento, che vede la compresenza di una pluralità di soggetti, aumenta la c.d. "superficie di attacco", esponendo il cliente a una molteplicità di rischi. Sul piano delle tutele, le novità introdotte dalla PSD2 riguardano in prima battuta la riconduzione al suo ambito applicativo di servizi che prima ne erano estranei. Si tratta dei servizi di disposizioni d'ordine di pagamento e del servizio di informazione sui conti, la cui esecuzione presuppone la possibilità di accedere alle

nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni, in Banca d'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, n. 63, dicembre 2008, spec. 134, il quale afferma che «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».

informazioni detenute dai prestatori di radicamento del conto sui propri clienti da parte di nuovi operatori¹⁴. Anche questi soggetti vengono perciò sottoposti alla vigilanza.

In seconda battuta, v'è l'espressa previsione, tra quelli imposti agli intermediari, dell'obbligo di adottare un sistema di autenticazione forte, intesa quest'ultima nei termini di una procedura di autenticazione rafforzata che presuppone l'utilizzo di almeno due elementi riconducibili alla categoria del possesso (qualcosa che soltanto il cliente possiede) della conoscenza (qualcosa che soltanto il cliente conosce) e dell'inerenza (come ad esempio è il riconoscimento facciale). L'art. 97 della Direttiva stabilisce che «nel caso dell'avvio di un'operazione di pagamento elettronico a distanza [...], gli Stati membri provvedono affinché [...] i prestatori di servizi di pagamento applichino l'autenticazione forte del cliente che comprenda elementi che colleghino in maniera dinamica l'operazione a uno specifico importo e a un beneficiario specifico». Si tratta di sistemi operativi che dovrebbero ridurre al minimo le possibilità di frodi da parte di terzi, assicurando presidi tecnici che assistano la fase di autorizzazione dell'operazione di pagamento. In altri termini, ai fini della autorizzazione della operazione di pagamento, il prestatore di radicamento del conto dovrà assicurarsi che non sia più sufficiente la digitazione di un'unica *password*, dovendo predisporre almeno due livelli di sicurezza mediante l'utilizzo di elementi riconducibili a due delle tre categorie anzidette.

Sulle modalità attuative dell'autenticazione forte, la Direttiva 2015/2366, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 15.12.2017, n. 218, rinvia ai provvedimenti della Autorità bancaria europea. In particolare, l'art. 98 dispone che «in stretta cooperazione con la BCE e

¹⁴ La rilevanza dell'estensione soggettiva dell'ambito applicativo della direttiva, sotto il profilo della struttura del mercato, nel segno del rafforzamento della concorrenza è questione variamente indagata in dottrina: V. PROFETA, *I third party provider: profili soggettivi e oggettivi*, in F. MAIMERI e M. MANCINI (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, n. 87, Banca d'Italia, 2019, 49 ss.; D. GAMMALDI e C. IACOMINI, *Mutamenti del mercato dopo la PSD2*, *ivi*, 138 ss.; V. MELI, *Opportunità e sfide per la concorrenza nella disciplina dei servizi di pagamento*, in M.C. PAGLIETTI e M.I. VANGELISTI (a cura di), *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella PSD2*, Roma, 2020, 135 ss.; B. SZEGO, *I nuovi prestatori autorizzati*, *ivi*, 161 ss.

previa consultazione di tutti i portatori di interessi - anche quelli del mercato dei servizi di pagamento - tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti, l'EBA emana [...] progetti di norme tecniche di regolamentazione indirizzati ai prestatori di servizi di pagamento [...], in cui sono specificati: a) i requisiti dell'autenticazione forte del cliente [...]; c) i requisiti che le misure di sicurezza devono soddisfare conformemente all'articolo 97, paragrafo 3, per tutelare la riservatezza e l'integrità delle credenziali di sicurezza personalizzate degli utenti di servizi di pagamento; e d) i requisiti per standard aperti di comunicazione comuni e sicure ai fini dell'identificazione, dell'autenticazione, della notifica e della trasmissione di informazioni, nonché dell'attuazione delle misure di sicurezza, tra i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto, i prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento, i prestatori di servizi di informazione sui conti, i pagatori, i beneficiari e altri prestatori di servizi di pagamento»¹⁵.

Da un lato dunque, l'obbligo di predisporre una autenticazione forte entra nel contenuto del rapporto di servizio di pagamento. Sembra difficile infatti limitarne la portata alle relazioni verticali tra intermediari e Autorità regolatoria, considerati anche i richiami contenuti alla stessa autenticazione nelle norme successive della Direttiva, dedicate alla responsabilità del pagatore nel caso di operazioni non autorizzate. Dall'altro, la medesima Direttiva, attraverso la previsione dell'obbligo, assegna un ruolo chiaro agli schemi attuativi dei presidi tecnici nella valutazione della condotta del prestatore di pagamento in termini di adempimento. In questo contesto il parere del Regolatore¹⁶ su quali soluzioni tecniche si debbano considerare *compliant* con il dettato del Regolamento delegato (UE) 2018/389 diventa perciò rilevante sul piano del rapporto e della sua giustiziabilità,

¹⁵ Il quadro delle fonti si caratterizza per la sua complessità. Accanto alla Direttiva 2015/2366, abbiamo il Regolamento (UE) n. 1093 del 2010, istitutivo dell'Autorità bancaria europea, e il Regolamento delegato (UE) 2018/389 della Commissione del 27 novembre 2017, che integra la direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione per l'autenticazione forte del cliente e gli *standard* aperti di comunicazione comuni e sicuri.

¹⁶ Si tratta del Parere dell'*European Banking Authority* sugli elementi dell'autenticazione forte del cliente ai sensi della PSD2, pubblicato il 21 giugno 2019.

nella direzione di una più decisa commistione tra dimensione organizzativa dell'impresa e disciplina del rapporto contrattuale.

La misura di questa rilevanza è testimoniata dagli orientamenti dell'Arbitro bancario e finanziario, invero assai oscillanti nelle more della entrata in vigore dei provvedimenti normativi di nuova introduzione¹⁷.

Il contesto sul quale vengono a incidere i provvedimenti della Autorità regolatoria sulle modalità di autenticazione forte è dato da una platea di prestatori di servizi per lo più impreparati, nonostante che l'EBA già facesse riferimento alla necessità di introdurre forme di autenticazione forte nelle sue Linee Guida del 2015¹⁸, quando cioè la PSD2 non era ancora stata recepita nei singoli ordinamenti nazionali.

Dato il contesto, al fine di permettere agli intermediari di adeguare i loro sistemi operativi, il legislatore europeo postergò al 14 settembre 2019 l'entrata in vigore della disciplina riguardante le modalità di autenticazione forte. A quella data, l'EBA rinviò ulteriormente - al 31 dicembre 2020¹⁹ - la cogenza dell'*Opinion* nelle relazioni verticali con i prestatori di servizi di pagamento. Il risultato fu che dal 14 settembre 2019, quanto ai rapporti tra intermediari e clienti, divenne operativo l'obbligo della messa a disposizione di forme di autenticazione forte *compliant* con l'*Opinion* del Regolatore; mentre, nei rapporti verticali tra imprese di servizi di pagamento e Autorità di Vigilanza, fu escluso

¹⁷ Buona parte del contenzioso in questa materia è devoluta all'Arbitro, considerati con ogni probabilità i tempi e i costi della procedura. Le pronunce di merito non sono molte e in buona parte non sembrano discostarsi dalla *ratio decidendi* dei Collegi: Cass., 20.05.2022, n. 16417, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1257 ss.; Trib. Torino, 04.12.2020, n. 4345, in *Dejure*; Cass., 26.11.2020, n. 26916, in *Giur. comm.*, 2022, II, 436 ss.; Cass., 12.04.2018, n. 9158, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 620 s., con nota di R. FRAU, *Home banking, phishing e responsabilità civile della banca*, ivi, 622 ss.

¹⁸ Negli Orientamenti finali sulla sicurezza dei pagamenti del 19 dicembre 2014 (pagina 13) si afferma, per un verso, che «l'inoltro dei pagamenti via Internet, così come l'accesso ai dati sensibili relativi ai pagamenti, dovrebbero essere protetti da un'autenticazione forte del cliente. I prestatori di servizi di pagamento dovrebbero avvalersi di una solida procedura di autenticazione dei clienti, che sia in linea con la definizione fornita nei presenti orientamenti». Per altro verso, che (pagina 15) «per gli schemi di pagamento con carta accettati dal servizio, i fornitori di soluzioni di tipo "wallet" dovrebbero richiedere l'autenticazione forte dall'emittente quando il legittimo possessore registra per la prima volta i dati della propria carta».

¹⁹ *Opinion of the European Banking Authority on the deadline for the migration to SCA for e-commerce cardbased payment transactions*, 16 ottobre 2019.

che gli intermediari non ancora in regola con le prescrizioni contenute nell'*Opinion* potessero rispondere del mancato adeguamento.

In questo gioco di rinvii, è interessante osservare le decisioni dell'Arbitro bancario e finanziario. Se alcuni Collegi furono indotti a escludere la responsabilità dell'intermediario nei confronti dei loro clienti anche nelle ipotesi di mancato adeguamento dei sistemi operativi all'*Opinion* dell'EBA, purché però fosse richiesto in fase di autenticazione l'utilizzo di almeno due elementi tra quelli attinenti alla categoria del possesso, della conoscenza e della inerenza, altri Collegi si orientarono in direzione opposta, accertando il diritto del cliente a ottenere la ripetizione delle somme indebitamente sottratte allorché l'intermediario avesse fatto ricorso, nella fase di autenticazione forte, a elementi reputati non affidabili dall'*Opinion*. Dal 31 dicembre 2020 l'orientamento è invece univoco nell'imputare agli intermediari la perdita economica derivante dall'esecuzione di una operazione autorizzata secondo sistemi non *compliant*, a conferma del ruolo svolto dall'*Opinion* del Regolatore in termini di elementi utili alla valutazione delle condotte, nella prospettiva dell'accertamento dell'adempimento dell'obbligo di predisporre sistemi di autenticazione forte.

Sulle ragioni del tentennamento dell'Arbitro nel valutare la condotta dell'intermediario alla stregua dell'*Opinion* EBA prima del 31 dicembre 2020 pesa il ruolo assegnato alle sue decisioni sul piano dell'impatto che esse possono avere in relazione al corretto funzionamento del mercato. La questione è legata al più ampio tema della funzione dell'ABF e delle differenze correnti con la giurisdizione ordinaria²⁰. Ciò che, nonostante detti tentennamenti, senza dubbio viene

²⁰ Molto si è discusso della funzione regolatoria di questo organismo. La gran parte dei contributi in argomento concorda in ordine alla idoneità delle decisioni dell'Arbitro bancario e finanziario a costituire un tassello della regolazione del mercato dei capitali in una duplice prospettiva: per un verso, l'istituzione del procedimento di risoluzione delle controversie permette l'emersione di conflitti che, per il loro valore economico esiguo, con difficoltà verrebbero portati alla cognizione dell'autorità ordinaria; per altro verso, la stretta contiguità tra l'organismo e l'Autorità di vigilanza agevola il controllo da parte della seconda delle condotte diffuse degli intermediari nei rapporti con i loro clienti (così, G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le società*, 2011, 1216 ss.; ID., *Il valore delle decisioni dell'ABF (e dell'ACF) in un libro recente*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, 567 ss.; P. SIRENA, *Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario*

confermato è l'impatto delle prescrizioni del regolatore sulla definizione degli obblighi imposti al prestatore di servizi di pagamento nel rapporto con i titolari dello strumento di pagamento. I provvedimenti che individuano i requisiti tecnici della prestazione di pagamento entrano direttamente nel contenuto del rapporto. Né avrebbe potuto essere altrimenti. Ed entrano a prescindere dall'ulteriore deroga concessa dall'Autorità di vigilanza nei rapporti verticali. Divenuto cogente il Regolamento delegato (UE) 2018/389 che detta disposizioni specifiche in tema di autenticazione forte, il mancato adeguamento da parte dei prestatori avrebbe dovuto essere considerato sempre sanzionabile nell'ambito delle relazioni con i loro clienti.

Più delicata è forse la questione della valenza delle Linee guida EBA che facevano riferimento all'autenticazione forte già prima della entrata in vigore della PSD2, sotto la vigenza della precedente direttiva sui servizi di pagamento, che non contemplava tale sistema autorizzativo tra gli obblighi imposti ai prestatori di servizi di pagamento. È questione non scontata, che tuttavia, in ossequio a un principio di ragionevolezza del sistema, potrebbe ben essere risolta nei termini del riconoscimento di una rilevanza parimenti diretta per il tramite della diligenza, alla definizione in concreto della quale non pare possano rimanere estranei

nella regolazione del mercato creditizio, in *ibidem*, 2017, 3 ss.; ID., *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 1370 ss.; R. Carleo, *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, in *Riv. Arbitrato*, 2017, 1 ss.; M. RABITTI, *Soft law e governance: i fallimenti del mercato e l'esperienza dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, 623 ss.). Da un diverso angolo visuale, si osserva altresì che la logica regolatoria caratterizzerebbe lo stesso giudizio innanzi all'Abf, influenzando l'esito del bilanciamento degli interessi contrapposti: R. DI RAIMO, *L'Arbitro per le controversie finanziarie: i primi orientamenti*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, XV, *Le controversie bancarie e finanziarie*, Napoli, 2020. In prospettiva opposta C. Consolo e M. Stella, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, nel nuovo arbitro bancario finanziario, «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. giur.*, 2011, 1653 ss.; ID., *L'«arbitro bancario finanziario» e la sua «giurisprudenza precognitrice»*, in *Le società*, 2013, 185 ss. Nella stessa prospettiva, M. STELLA, *Lineamenti degli Arbitri Bancari e Finanziari (in Italia e in Europa)*, Padova, 2016. Più di recente, A. TUCCI, *L'Arbitro bancario e finanziario tra trasparenza bancaria e giurisdizione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 623 ss. Sia consentito rinviare a M. SEMERARO, *ADR e controllo conformativo dell'attività d'impresa*, in questa *Rivista*, 2020, I, 101 ss.

proprio gli *standard* tecnici enucleati dall’Autorità di vigilanza²¹. Sebbene, cioè, il precedente testo normativo prevedesse in capo all’intermediario l’obbligo di predisporre sistemi di autenticazione del cliente, senza ulteriori specificazioni, si sarebbe egualmente potuto reputare necessaria l’adozione di una autenticazione forte per i pagamenti elettronici, già richiesta dall’Autorità, ai fini della valutazione della condotta dello stesso intermediario in termini di adempimento.

D’altro canto, la valutazione della condotta dell’intermediario tesa ad accertare la corrispondenza della diligenza utilizzata a quella dell’accorto banchiere non può non ricomprendere anche l’attività preparatoria, che è strumentale alla corretta esecuzione dell’operazione di pagamento. A restare decisivo è, insomma, l’obbligo di assicurare una corretta autenticazione del cliente, già presente nella precedente disciplina.

4. *Pagamenti non autorizzati e responsabilità dei prestatori di servizi di pagamento.*

In una prospettiva di sistema, per l’individuazione dei riflessi sul ruolo del *private enforcement* della commistione tra dimensione organizzativa e contrattuale, decisiva si mostra la lettura della regolamentazione dettata dalla PSD2 sulla responsabilità degli intermediari nel caso di pagamento non autorizzato. Dal modello di responsabilità fatto proprio dal legislatore dipende infatti l’idoneità del *private enforcement* a impattare sulle condotte degli operatori.

Sulla natura della responsabilità dei prestatori dei servizi di pagamento, come detto, non c’è univocità di vedute²². Se scontata è la sua riconducibilità alla responsabilità contrattuale, non altrettanto si può dire per la definizione del relativo regime. L’unico dato incontestato è che si tratta di una disciplina che fa perno sul criterio del rischio di impresa al fine di bilanciare gli interessi in conflitto e imputare la perdita economica derivante dal pagamento non

²¹ Basti pensare all’acquisizione soltanto recente della necessità di predisporre meccanismi di autenticazione forte anche da parte del *wallet provider* (ABF, Collegio Coord., decisione n. 21285 del 2021). In questo senso già disponevano le linee guida EBA del 2015.

²² Per i riferimenti bibliografici v. nota 1.

autorizzato. Come però questo criterio venga in concreto utilizzato non è sempre chiaro.

La peculiarità della disciplina è assai ben espressa dal regime probatorio presente nella PSD2. Dati gli obblighi che fanno capo al cliente e all'intermediario, sul piano della prova della responsabilità ai fini della imputazione della perdita economica per l'ipotesi di pagamento non autorizzato, è precisato che l'intermediario deve provare a) che l'operazione di pagamento non abbia subito le conseguenze della non corretta autenticazione del cliente o del mal funzionamento del sistema; b) il dolo o la colpa grave del cliente; c) l'utilizzo di procedure di autenticazione forte per i pagamenti elettronici.

Di primo acchito, una sì fatta modalità di distribuzione dell'onere probatorio potrebbe anche apparire coerente con la riconduzione di questa tipologia di responsabilità a quanto dettato dall'art. 1218 c.c.: il cliente creditore allega il titolo nel quale trova fonte il suo diritto; il prestatore debitore prova che la perdita economica cui il cliente è esposto in ragione di una operazione di pagamento non autorizzata è dipesa da una causa a lui non imputabile. Vi è, tuttavia, che il prestatore di servizi di pagamento risponde anche se la perdita economica non è a lui imputabile, ove l'intromissione da parte del terzo frodatore non sia dipesa da un comportamento doloso o gravemente colposo del cliente²³. A questo si aggiunga l'espressa attribuzione all'intermediario dell'onere di provare l'elemento soggettivo dell'utente; onere che la stessa giurisprudenza di legittimità riconosceva esistente già prima della entrata in vigore della prima PSD²⁴.

L'eccentricità del modello è, poi, confermata anche rispetto agli esiti cui condurrebbe il confronto con il criterio di distribuzione del rischio di verificazione dell'evento dannoso contenuto nell'art. 2051 c.c., dettato in relazione allo svolgimento di attività pericolose. Anche in

²³ A questo proposito, significativo è l'orientamento dell'Arbitro bancario e finanziario che riconosce la responsabilità dell'intermediario anche ove il cliente si sia autenticato correttamente, ma la dinamica della frode particolarmente insidiosa giustifichi, alla luce di una valutazione della condotta secondo l'ordinaria diligenza, la comunicazione al frodatore da parte del cliente delle chiavi di accesso agli strumenti di pagamento. In questo senso anche il più risalente Collegio di Coordinamento, 26 ottobre 2012, n. 3498.

²⁴ Da ultimo Cass., 20 maggio 2022, n. 16417, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1257.

questo caso infatti c'è una zona grigia - rappresentata dalla prova della predisposizione delle misure idonee a evitare il danno - in cui l'esercente l'attività va esente da responsabilità e che nella disciplina in tema di responsabilità per l'esecuzione di operazioni non autorizzate non trova alcuno spazio. Pure se il prestatore dimostri di avere adottato tutte le misure conosciute per evitare l'intromissione, ove non ricorrano il dolo o la colpa grave, la perdita economica ricade su di lui.

Vi è, infine, che l'art. 12 del d.lgs. n. 11 del 2010 stabilisce, tra l'altro, che «salvo il caso in cui abbia agito in modo fraudolento, il pagatore non sopporta alcuna perdita se il prestatore di servizi di pagamento non esige un'autenticazione forte del cliente». Ove il prestatore di servizi di pagamento non abbia provato di avere adottato una procedura di autenticazione forte, dunque, la perdita economica resta a lui imputata anche se il cliente versi in colpa grave. Non assicurare i migliori presidi di sicurezza in concomitanza con la fase di impulso dell'ordine di pagamento comporta l'irrelevanza dell'eventuale grave negligenza del cliente ai fini della distribuzione della perdita economica, diventando perciò inapplicabile quanto dettato dall'art. 1227 c.c. sul concorso di colpa. L'unica eccezione sta nella condotta fraudolenta. E la ragione è peraltro evidente: è ipotesi nella quale non si può discorrere di pagamento non autorizzato.

Pochi elementi, quelli appena elencati, sicuramente non esaustivi della disciplina, ma che danno ragione della originalità del modello, retto - almeno pare - dall'idea che l'intromissione da parte del terzo non chiaramente riconducibile alla condotta del prestatore di servizi di pagamento o del titolare dello strumento di pagamento resti comunque a carico del primo. Sotto questo profilo, sembra che sia proprio il particolare statuto della responsabilità dell'intermediario, unitamente alla rilevanza delle prescrizioni del regolatore sul piano della valutazione della condotta, a conferire al *private enforcement* un ruolo potenzialmente impattante sulle medesime condotte degli operatori, dal lato della adozione di presidi di sicurezza sempre più aggiornati al fine di prevenire nuove tipologie di frodi informatiche. È poi evidente che secondo quanto si ampli o si restringa l'ambito applicativo dell'obbligo di adottare un sistema di autenticazione forte, il ruolo del *private enforcement* anche in una prospettiva di sistema ne risulterà rafforzato o affievolito. Secondo l'orientamento dell'ABF, ad esempio, l'intermediario è responsabile della corretta autenticazione del cliente

anche ove questa si svolga su *server* gestiti da terzi soggetti, come possono essere i *wallet provider*²⁵. Che significa che ove l'utilizzo del *wallet* non preveda forme di autenticazione forte, nella controversia con il cliente l'intermediario sarà destinato a soccombere.

Il medesimo discorso vale per la deroga all'art. 1227 c.c. Quanto più si amplia il suo ambito applicativo, estendendolo anche alle ipotesi in cui l'intermediario, pur tenuto ad assicurare una fase di autenticazione, non debba ricorrere alle procedure rafforzate richieste per l'utilizzo di pagamenti elettronici, più sarà penetrante il ruolo del rimedio civilistico sul piano dell'adeguamento delle condotte ad alti standard valutativi²⁶. La *ratio* della Direttiva, tesa a implementare l'utilizzo degli strumenti di pagamento bancari e ad assicurare al contempo la massima tutela del cliente, dovrebbe forse dirigere verso l'inapplicabilità dell'art. 1227 c.c. tutte le volte in cui l'intermediario non provi che l'esecuzione della prestazione di pagamento non abbia subito le conseguenze della non corretta autenticazione del cliente o del mal funzionamento del sistema.

5. Conclusioni

Per concludere, un'ultima osservazione.

La rilevanza delle regole organizzative, da un lato, e dell'interpretazione che di queste regole dà EBA, dall'altro, possono tradursi in una diminuzione di tutela del cliente considerato che le modalità di attuazione delle truffe informatiche si evolvono sempre e

²⁵ Così il Collegio di Coordinamento dell'Arbitro bancario e finanziario, (Collegio Coord., decisione n. 21285 del 2021), secondo il quale «il fatto che la fase relativa alla disposizione di pagamento tramite carta digitalizzata sia gestita dal *wallet provider* non esime il prestatore di servizi di pagamento dalla piena responsabilità per quanto attiene all'adozione delle prescritte misure di sicurezza in tale fase e quindi per la conformità delle modalità di autenticazione delle operazioni di pagamento ai requisiti della SCA». In senso analogo, v. Collegio Bari, decisione n. 9425 del 2022; Collegio Roma, decisione n. 688 del 2022; Collegio Torino, decisione n. 4258 del 2022.

²⁶ Va, peraltro, segnalato che l'Arbitro spesso volte utilizza il concorso di colpa soprattutto a favore del cliente quando, acclarata la colpa grave del titolare dello strumento di pagamento, distribuisce le perdite ascrivendo all'intermediario una disfunzione nei suoi presidi di sicurezza (così è stato, ad esempio, per i primi casi di *spoofing* e *vishing caller ID*: truffe caratterizzate dall'invio sia di messaggi e di telefonate fraudolenti da numeri riconducibili all'intermediario).

che i presidi che oggi possono ritenersi sicuri domani potrebbero non esserlo più?

L'utilizzo della tecnica legislativa adottata dal legislatore europeo mediante l'imposizione di regole sempre più dettagliate, alla cui individuazione si può pervenire - come è nel caso dei servizi di pagamento - attraverso il rinvio della fonte primaria a provvedimenti delle Autorità regolatorie o a Regolamenti di dettaglio, potrebbe in effetti tradursi in una diminuzione di tutela dell'utente. Il rischio di rendere questa tutela meramente formale, reputando sufficiente l'adeguamento delle condotte a dette regole di dettaglio, è invero presente in tutta la disciplina di derivazione europea ed è alto. A esso tuttavia è possibile ovviare.

In via generale - è l'osservazione pare quantomeno scontata - va tenuto presente che, seppur dettagliata, la disciplina europea, con riferimento al rapporto tra i contraenti, resta pur sempre in sé non completa, necessitando pertanto di un coordinamento con il diritto delle obbligazioni e dei contratti alla luce della *ratio* espressa dal disegno complessivo del legislatore comunitario, che sembra dirigere verso una forma atipica di responsabilità, in coerenza con il principio di massima tutela dell'utente che la ispira. In via particolare, con diretto riguardo alla portata dell'obbligo di autenticazione forte, va riconosciuto che dalla lettura congiunta della direttiva e del regolamento delegato si ricava l'obbligo per il prestatore di servizi di pagamento di adeguare i propri sistemi e di renderli in linea con le soluzioni tecnologiche più avanzate, al fine di adottare presidi di sicurezza efficaci nell'ostacolare tentativi di frode sempre più sofisticati. Il che significa che la valutazione della condotta dell'intermediario nella fase di accesso all'utilizzo dello strumento di pagamento resta pur sempre legata alle modalità attuative della singola truffa; la quale, esattamente per le modalità con le quali viene posta in essere, potrebbe ben palesare l'insufficienza dei presidi adottati dall'intermediario, imponendo perciò un bilanciamento degli interessi a favore del cliente. A soccorrere in questi casi c'è sempre, d'altro canto, la regola generale per cui in assenza di dolo o colpa grave è l'intermediario a rispondere della truffa. Gioco delle presunzioni permettendo. Ciò, nel senso che è dietro l'angolo il rischio di considerare presunta la colpa grave del cliente

quando l'intromissione del terzo frodatore risulti non spiegabile alla luce delle conoscenze tecniche del momento²⁷.

In definitiva, la strada migliore sembra quella di considerare le prescrizioni tecniche del Regolatore per quello che sono. Ossia schemi tecnici, che esprimono soluzioni coerenti con lo stato delle conoscenze tecnologiche, ma che, proprio per la loro natura, sono destinati a essere superati con l'evolvere delle stesse conoscenze. Resta perciò sempre valido il riferimento alla diligenza dell'accorto banchiere, quale strumento più generale di valutazione della condotta nei casi in cui anche i presidi individuati da EBA si rivelino superabili da parte dei nuovi tentativi di truffa informatica.

²⁷ Su questo specifico profilo, v. Collegio di Coordinamento, decisione n. 22745 del 2019.