

PIERVINCENZO PACILEO

LA DISCIPLINA DELLA MONETA ELETTRONICA A SEGUITO DEL RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE 2000/46/CE E 2000/28/CE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Nozione dell'*e-money*. — 2. I soggetti abilitati ad emettere la moneta elettronica. — 3. Problematiche civilistiche afferenti l'uso della moneta « digitale ». — 4. Natura giuridica dell'*e-cash*. — 4.1. Non rifiutabilità. — 4.2. Potere solutorio. — 5. Tutela dell'anonimato. — 6. Quadro normativo italiano. — 7. Profili comparatistici. — 8. Le direttive comunitarie inerenti l'emissione di *e-money*. — 8.1. La direttiva 2000/46/CE: gli IMEL. — 8.2. La direttiva 2000/28/CE. — 9. Il recepimento da parte dell'ordinamento italiano: le integrazioni al Testo Unico Bancario. — 10. Riflessioni di sintesi.

1. NOZIONE DELL'*E-MONEY*.

Nell'ultimo decennio sono stati particolarmente rilevanti i mutamenti verificatisi nella realtà dei sistemi di pagamento: un'evoluzione estremamente rapida i cui fattori scatenanti sono individuabili, da un lato, nella sempre più articolata varietà dei processi di produzione e, dall'altro, nella crescita esponenziale della molteplicità dei servizi di pagamento offerti alla clientela.

Espressione di tali cambiamenti, frutto dello sviluppo tecnologico e dei conseguenti fenomeni di integrazione e di globalizzazione dei mercati finanziari a livello internazionale, sono l'accrescimento dell'efficienza degli strumenti di pagamento tradizionali e lo sviluppo di strumenti innovativi mediante lo sfruttamento delle tecnologie informatiche e delle telecomunicazioni, il *favor* delle banche per l'esternalizzazione di attività di supporto alla prestazione di servizi di pagamento, la concentrazione dell'offerta di servizi di pagamento in capo ad un ristretto numero di operatori specializzati e attivi a livello globale, il riconoscimento della centralità delle infrastrutture nei vari circuiti di pagamento, la crescente presenza sul mercato di operatori non bancari capaci di promuovere sistemi di pagamento alternativi a quelli direttamente gestiti dalle banche centrali.

Nell'ottobre 2003 la Banca d'Italia ha comunicato i dati contenuti nel rapporto semestrale sull'evoluzione e l'utilizzo dei sistemi di pagamento bancari: negli ultimi cinque anni la crescita degli sportelli Bancomat è stata superiore al 100%, mentre nel segmento dei POS (i cc.dd. *points of sale*)¹,

¹ I POS (*Points Of Sale*) o TPV (*Terminal Points de Vente*) sono quei terminali installati presso punti vendita che consen-

tono al compratore di pagare con un giroconto elettronico.

Si tratta di sistemi *off line*, per la cui

nel cui ambito le caratteristiche contrattuali sono alquanto complesse, l'incremento registrato nello stesso lasso di tempo è stato del 197,16%; se alla lettura di questi dati si aggiunge che si sono sviluppati anche gli strumenti relativi alle carte di credito², nella misura del 25%, e alle carte di debito, nella misura del 15%, mentre, al contempo, c'è stata una diminuzione del 5% del ricorso allo strumento di pagamento degli assegni bancari, emerge prepotentemente la diffusione del fenomeno dei pagamenti telematici.

L'utilizzo delle più recenti tecnologie innovative, non disgiunto dalla maggiore fiducia permeante la collettività degli operatori, ha comportato la diffusione dei sistemi di pagamento *on line* (*in primis* la moneta elettronica), suscettibili di sollevare problematiche inedite.

In particolare, l'*e-money*, la moneta digitale³, il cui avvento succede alle « epoche » delle monete legale, bancaria e scritturale⁴, rappresenta la c.d. quarta generazione dei mezzi di pagamento; moneta elettronica, borsellino elettronico⁵, sono espressioni ormai frequenti nel linguaggio comune, la cui inarrestabile affermazione nella realtà socio-economica at-

operatività le condizioni generali stabilite dell'ABI prevedono espressamente l'irrevocabilità dell'ordine di pagamento disposto, l'irresponsabilità della banca nel caso di fatto del terzo, l'esistenza dei limiti di uso contenuti nella comunicazione scritta della banca e lo *ius variandi* della banca, sia mediante comunicazione scritta e unilaterale, sia con avvisi nei locali; le altre condizioni generali richiamano la disciplina del bancomat per tutti gli aspetti non espressamente previsti.

Il sistema POS assicura ai negozianti il superamento dei rischi di custodia delle banconote e di falsificazione delle stesse, e garantisce ai clienti i vantaggi generali della moneta elettronica in termini di custodia e di flessibilità di impiego, nonché una tariffazione del servizio più ridotta rispetto alle carte di credito.

² L'aneddotica farebbe risalire all'intuizione di due avvocati statunitensi l'ideazione della prima carta di credito, come mezzo di pagamento, allorché nel 1950, trovandosi in un ristorante di New York e non avendo sufficiente contante per pagare il conto furono costretti a farsi raggiungere da una collaboratrice del proprio studio con il denaro necessario (cfr. P. TRANE, *Le carte di credito*, Milano, 2002, pp. 5 ss.).

C. DI NANNI, *Pagamento e sostituzione nelle carte di credito*, Napoli, 1983, p. 7, invece, sostiene che la prima carta di credito sia stata emessa addirittura nel 1894, sempre negli Stati Uniti, dall'*Hotel credit Letter Company*.

³ M.B. ANDERSEN, indica nel suo lavoro *Electronic commerce: a challenge to Private Law*, in *Quaderni del Centro di*

studi e ricerche di diritto comparato e straniero, diretti da M.J. BONELL, Roma, 1998, pp. 5 ss., che il termine « digitale » deriva dal latino *digitus*, « dito », e dall'inglese *digit*, « cifra », rappresentando la trasformazione in codice binario di informazioni di diversa natura e specie, in modo da renderle intelligibili ed elaborabili da un sistema elettronico.

⁴ G. OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, p. 812, osserva che, a differenza dei casi in cui, adottandosi la moneta scritturale, si ricorre allo schema della delegazione (come nel trasferimento elettronico di fondi o nelle carte di credito o negli assegni elettronici), il pagamento con moneta elettronica prescinde dall'esistenza di un conto corrente bancario o postale; inoltre, quand'anche l'emissione avvenga tramite l'utilizzo di un conto di appoggio, la banca dell'ordinante non si interpone tra *solvens* ed *accipiens* per realizzare il trasferimento dei fondi dall'uno all'altro, ma opera « a monte ed a valle » dell'atto solutorio, garantendo la convertibilità, prima, e la rimborsabilità, poi, della moneta elettronica.

⁵ Per « borsellino elettronico » si intende il componente *software* che l'utente usa per effettuare acquisti elettronicamente. S. KORPER-J. ELLIS, *Il libro del commercio elettronico. Il progetto, le tecnologie, il marketing, la distribuzione: una mappa operativa*, Milano, 2000, p. 176, sottolinea che i borsellini elettronici supportano non solo la moneta digitale, ma anche assegni cartacei e telematici, e diverse carte di credito.

tuale ha reso inevitabile l'intervento del legislatore comunitario che ha emanato, infatti, una normativa organica articolata in due direttive: la 2000/28/CE e la 2000/46/CE, emesse entrambe il 18 settembre 2000.

A conferma che anche nel nostro Paese l'uso di questi nuovi strumenti sta conquistando giorno dopo giorno sempre più attenzione da parte degli utenti, nel « Dizionario Treccani della lingua italiana » è stato inserito il termine « monetica », composto da due suffissi — « moneta » e « ica » (quest'ultimo derivante dal termine « informatica ») — ed espressione dell'« insieme delle procedure informatiche che consentono il trasferimento di potere d'acquisto (moneta elettronica) »⁶: l'*e-money*, essendo digitale e, quindi, immateriale, può essere trasmessa come flusso di *bytes* tramite qualsiasi rete telematica⁷.

La necessità di formulare una corretta nozione di moneta elettronica si è resa indifferibile, alla luce della diffusione e dell'interesse che questo nuovo « strumento » di pagamento sta assumendo nella contrattazione *on line*⁸: *electronic money*, *electronic cash*, *digital money*, *digital cash* o *cyber money* sono i termini più ricorrenti nella letteratura giuridica anglosassone, ma in quel contesto assumono i contenuti più vari⁹.

Le autorità comunitarie nell'ultimo decennio hanno elaborato nei propri documenti molteplici definizioni di *e-money* molto più evolute della prima nozione formulata dal Larousse (« *ensemble des dispositifs utilisant l'informatique et l'électronique dans les transactions bancaires* »):

1) « strumento di pagamento nel quale è stato immagazzinato valore sotto forma elettronica, sia esso carta con banda magnetica o a microcircuito, oppure le memorie dei computer »¹⁰;

2) « strumento di pagamento ricaricabile che non sia uno strumento di pagamento mediante accesso a distanza, sia esso una carta con valore immagazzinato o una memoria di elaboratore elettronico, sulla quale è caricato elettronicamente il valore, affinché il titolare possa effettuare le operazioni di pagamento consentite »¹¹;

⁶ L'espressione è ripresa da S. NESPOR, *Internet e la legge. Come orientarsi negli aspetti giuridici della rete*, Milano, 1999, p. 226.

⁷ L'*e-money* si differenzia dai titoli tradizionali in virtù dell'assenza di standardizzazione, *sic stantibus res*; tuttavia, G. CASSANO (a cura di), *Internet*, Milano, 2001, p. 144, rileva che tale aspetto impedisce la diffusione di questo strumento di pagamento elettronico, il quale non può ancora assicurare l'interrelazione necessaria per una sua vasta utilizzazione in quanto, a tutt'oggi, non rappresenta uno *standard* di riferimento, bensì una forma di sperimentazione sviluppata in modo autonomo da singoli enti emittenti, indipendenti l'uno dall'altro.

⁸ Sulla difficoltà di definire la moneta elettronica, v. D.G. OEDEL, *Why regulate cybermoney?*, in *American University Law Review*, 1997.

⁹ Tra le numerose opere straniere che

hanno affrontato il fenomeno della moneta elettronica si possono citare: AA.VV., *Exploring the world of cyberpayments, An introductory survey. A colloquium sponsored by Financial Crimes Enforcement Network*, Washington, 1995; E.H. SOLOMON, *Virtual money. Understanding the power and risks of money's high-speed journey into electronic space*, New York-Oxford, 1997; S. GODIN, *Presenting Digital cash*, Indianapolis, 1995; H. CHINOY, *Electronic money in electronic purses and wallets*, in *Banking and Finance Law Review*, XII, 1996, pp. 15-39.

¹⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione Europea del 9 luglio 1997 n. 353, volta ad « accrescere la fiducia dei consumatori negli strumenti di pagamento elettronici nel mercato unico ».

¹¹ Cfr. Raccomandazione della Commissione Europea del 30 luglio 1997 n. 489, « relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici, con

3) « riserva elettronica di valore monetario su un dispositivo che può essere ampiamente utilizzato per effettuare pagamenti a imprese diverse dall'emittente, senza necessariamente implicare la presenza di conti bancari nell'operazione, avendo essa invece natura di strumento prepagato al portatore »¹²;

4) « valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia:

- i) memorizzato su un dispositivo elettronico;
- ii) emesso dietro ricezione di fondi il cui valore non sia inferiore al valore monetario emesso;
- iii) accettato come mezzo di pagamento da imprese diverse dall'emittente »¹³.

In definitiva, una definizione esaustiva, ancorché non completa, di moneta elettronica può essere la seguente: « un titolo di credito digitale di carattere privato, firmato da una banca o da un'istituzione non bancaria, che contiene la promessa di pagare, a vista e al portatore, il valore nominale della moneta »¹⁴; tuttavia, cosa esattamente rappresenti la « monetica » sembra difficile da compendiare in una formula¹⁵, salvo adottare un'accezione invero restrittiva che la identifichi con la moneta « digitale », sostitutiva della moneta avente corso legale¹⁶. È necessario, piuttosto, analizzare il fenomeno, invero complesso e mutevole, evidenziandone i profili giuridicamente rilevanti.

particolare riferimento alle relazioni tra gli emittenti ed i titolari di tali strumenti », art. 2, lettera c).

¹² Cfr. *Report on electronic money* redatto dalla BCE nell'agosto 1998.

¹³ Cfr. Direttiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 settembre 2000, « riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale degli istituti di moneta elettronica », art. 2, paragrafo 3, lettera b). Si tratta di una definizione « neutra », che comprende strumenti tecnici diversi, poiché, più del supporto sul quale il valore monetario viene memorizzato, rileva il contenuto della situazione giuridica soggettiva imputabile al detentore di moneta elettronica, qualificata dalla norma citata espressamente come « diritto di credito nei confronti dell'emittente » (cfr. G. OLIVIERI, *op. cit.*, p. 812).

F. MOLITERNI, *E-commerce e pagamenti in rete*, in A. ANTONUCCI (a cura di), *E-commerce: la Direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano, 2001, p. 179, evidenzia come caratteristiche, quali la quantità di misura di valore, la qualità di mezzo di pagamento e la capacità di svolgere la funzione di riserva di valore, insite nella moneta elettronica, ricalcano i caratteri tipici della moneta legale.

E. CASSESE, *La vigilanza sugli « istituti di moneta elettronica »*, in *Giornale di dir. amm.*, n. 2, 2001, p. 192, sottolinea

che delle tre caratteristiche indicate nella suddetta norma, « la prima è espressamente tecnica, la seconda è volta a garantire contemporaneamente la rimborsabilità e la liquidità, la terza fa riferimento alla multifunzionalità della carta ».

¹⁴ È la proposta di C. SARZANA DI S. IPPOLITO-F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *Profili giuridici del commercio via Internet*, Milano, 1999, p. 162.

¹⁵ La caratteristica fondamentale della moneta elettronica è che l'operazione di trasmissione del denaro dal debitore al creditore avviene in tempo reale; infatti, non si verifica la scissione tra il momento dell'ordine da parte del debitore e l'effettiva trasmissione del denaro compiuta dalla banca, che caratterizza, invece, il sistema di pagamento mediante carta di credito.

Il reale autore dell'accreditamento non è più la banca-ordinata, bensì il debitore-ordinante: è lui stesso che, mediante l'utilizzo del sistema elettronico, trasferisce denaro dal proprio conto a quello della persona o dell'ente al quale deve il pagamento (cfr. S. MARTUCCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, 1998, p. 190).

¹⁶ Cfr. F. LANFRANCHI, *Problemi giuridici della monetica*, in AA.VV., *Il commercio elettronico. Il documento digitale, Internet, la pubblicità on line* (introduzione di C. VACCÀ), Milano, 1999, p. 119.

2. I SOGGETTI ABILITATI AD EMETTERE LA MONETA ELETTRONICA.

Come accennato, le autorità comunitarie non sono state insensibili al fenomeno dei pagamenti telematici; già nell'agosto 1996 è stato emesso dal Comitato sui Sistemi di Pagamento e Regolamento, su commissione dei Governatori delle Banche Centrali appartenenti al c.d. Gruppo dei Dieci, un *report* sulla sicurezza della moneta elettronica, avente ad oggetto l'analisi dell'impatto di questo nuovo strumento di pagamento su tre profili: la politica monetaria, la tutela dei consumatori e i sistemi di pagamento.

L'anno successivo, nel 1997, l'allora Commissione Europea ha emanato, da un lato, la Comunicazione 97/157/CE, rubricata « Un'iniziativa Europea in materia di commercio elettronico », che si è posta come obiettivo la promozione dello sviluppo del commercio elettronico attraverso la realizzazione di sistemi di pagamento elettronici validi, di agevole impiego, efficaci e sicuri; dall'altro, la Comunicazione 97/353/CE, volta ad « accrescere la fiducia dei consumatori negli strumenti di pagamento elettronici nel mercato unico ». Infine, la Raccomandazione 97/489/CE del 30 luglio 1997 ha analizzato le operazioni mediante strumenti di pagamento elettronico, con particolare riferimento alle relazioni tra gli emittenti ed i titolari di tali strumenti.

Unico comune denominatore di tutte queste iniziative promosse a livello comunitario è l'obiettivo di accrescere la familiarità degli utenti con la nuova moneta unica Europea, l'Euro; tuttavia, alquanto repentinamente, nel settembre 1998 la presentazione della proposta di direttiva che riguardava l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale degli istituti di moneta elettronica ha determinato il mutamento dell'oggetto dell'analisi da parte della Commissione Europea: non più gli strumenti di pagamento elettronici ma gli istituti emittenti moneta elettronica.

La *ratio* di tale evoluzione va colta nella inarrestabile diffusione, nella seconda metà degli anni novanta in Gran Bretagna, dei cc.dd. IMEL (istituti emittenti moneta elettronica), riconosciuti da un paese autonomo sotto il profilo della politica monetaria rispetto agli altri Stati membri; questi istituti avevano richiesto, e stavano per ottenere da parte delle Autorità Britanniche, il potere di « battere » moneta elettronica; di fronte a questa preoccupante eventualità, il legislatore comunitario ha sentito l'esigenza di dare una risposta e di tentare di disciplinare, in modo omogeneo rispetto alla normativa già emanata per gli enti creditizi, anche gli istituti emittenti moneta elettronica — si trova conferma di questo dato nei documenti emanati tra il 1998 e il 1999 dalla Banca Centrale Europea —.

Dunque, l'autorità comunitaria, consapevole sia delle complesse implicazioni di *policy* sollecitate dal sempre più diffuso utilizzo di schemi di moneta elettronica per il regolamento delle transazioni economiche, sia della circostanza che in diverse esperienze nazionali l'attività di emissione di moneta elettronica risulta ormai già svolta da enti non bancari, che il più delle volte limitano il proprio agire alla sola attività di emissione, ha deciso di ampliare il novero dei soggetti ammessi all'esercizio di tale attività, consentendone lo svolgimento anche a soggetti diversi dalle banche.

A tale conclusione si è giunti dopo un ampio dibattito internazionale che, a partire dai primi anni novanta, ha visto confrontarsi due scuole di pen-

siero¹⁷: una si è diffusa, per l'appunto, nei sistemi anglosassoni, l'altra, in principio, negli ordinamenti di *civil law*.

Per il primo orientamento, cui si è già accennato, la moneta elettronica dovrebbe essere offerta in concorrenza da operatori finanziari e non: ciò favorirebbe l'innovazione del prodotto e la concorrenza tra gli emittenti, traducendosi in un vantaggio per i consumatori; viceversa, la seconda opinione, facendo ricorso a quanto disposto dalle direttive CE in materia bancaria¹⁸, inquadra l'attività in oggetto come di esclusiva pertinenza delle banche¹⁹.

Conforme a quest'ultimo indirizzo, l'iniziale posizione assunta dall'Istituto Monetario Europeo (IME) era propensa a circoscrivere alle sole banche, le *credit institutions*, la facoltà di emissione della moneta elettronica, e, in particolare, delle carte prepagate multiuso²⁰; in ambito nazionale uguale opzione era espressa nella novella dell'art. 11 del T.U.B., che vietava « ogni forma di raccolta collegata all'emissione o alla gestione di mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata »²¹.

Tuttavia, un'attenta lettura dell'art. 19.1 dello Statuto SEBC²² avvalorava la successiva e definitiva scelta compiuta in sede comunitaria circa la qualificazione degli istituti emittenti moneta elettronica: se questi non fossero stati inclusi nella definizione di « enti creditizi » si sarebbero collocati al di fuori dei possibili destinatari dei predetti obblighi, con ovvie alterazioni dell'efficacia degli interventi della BCE e, più in generale, dell'obiettivo di garantire un *level playing-field* a tutti gli intermediari ammessi a concorrere nel mercato dell'emissione della moneta elettronica.

Pertanto, la strada prescelta dal legislatore comunitario è stata quella di accordare alle autorità domestiche nazionali un margine di iniziativa particolarmente ampio per la concreta attuazione della regolamentazione dell'attività di emissione di moneta elettronica, sia in ordine all'individuazione dei soggetti abilitati, sia rispetto alla disciplina ad essi applicabile²³.

¹⁷ Ogni decisione in ordine alla struttura dell'offerta di moneta elettronica doveva scontare due distinte esigenze: una decisa delimitazione dei soggetti abilitati all'emissione avrebbe significato uno scarso livello di concorrenza sul mercato e inciso negativamente sulla sua possibilità di sviluppo, mentre la soluzione contraria avrebbe comportato altri e non minori problemi di tipo regolamentare, commisurati all'ampiezza dell'operatività consentita e ai rischi che la stessa avrebbe potuto potenzialmente generare (cfr. BRI — BANCA REGOLAMENTI INTERNAZIONALI, *Implicazioni dello sviluppo della moneta elettronica per le banche centrali*, in *Bollettino economico della Banca d'Italia*, 1996, pp. 52 ss.).

¹⁸ La direttiva 77/780/CEE (la c.d. *first banking directive*) e la direttiva 89/646/CEE (la c.d. *second banking directive*).

¹⁹ Per il confronto tra le due scuole di

pensiero si rinvia a P. VALENTE-F. ROCCATAGLIATA, *Aspetti giuridici e fiscali del commercio elettronico*, Roma, 1999, p. 52.

²⁰ Tale opzione si fondava su ragioni connesse ad una corretta conduzione delle politiche monetarie e ad esigenze di stabilità finanziaria (cfr. EMI, *Report to the Council of the European Monetary Institute on Prepaid Cards*, Frankfurt, 1994).

²¹ Sulle questioni sollevate dalla suddetta previsione di divieto, si rinvia a C. MOTTI, *Intermediari finanziari non bancari e industria dei pagamenti*, in M. RISPOLI FARINA (a cura di), *Studi sugli intermediari finanziari non bancari*, Napoli, 1998, pp. 49 ss.

²² A norma del quale la BCE può imporre il rispetto di obblighi di riserva esclusivamente nei confronti di « enti creditizi ».

²³ Così V. TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Documenti della Banca d'Italia*, Roma, 2001, pp. 16 ss.

3. PROBLEMATICHE CIVILISTICHE AFFERENTI L'USO DELLA MONETA « DIGITALE ».

Le disponibilità monetarie degli enti facoltizzati all'emissione di *e-money*, giacenti sotto forma di impulsi elettronici, possono essere considerate vera e propria moneta: moneta « dematerializzata », moneta « elettronica » o « digitale », ma pur sempre moneta, anche se diversa da quella « scritturale » incorporata in un documento cartaceo²⁴.

L'*e-money* può essere contenuta su *file* o su *smart card*²⁵; quest'ultima, in particolare, è uno strumento informatico personale, sicuro, di facile utilizzo²⁶, mentre nell'*e-cash* su *file*, anch'essa « prepagata », il valore si immagazzina non su supporto fisico, bensì su un *file* contenuto nella memoria del proprio computer²⁷: tale diretta connessione « fisica » tra elaboratore elettronico — l'apparecchio utilizzato per la stipula dei contratti nell'ambito delle operazioni di commercio elettronico — e mezzo di pagamento rende la *software money* lo strumento tipico, di più immediata utilizzabilità, per il pagamento nelle transazioni via Internet²⁸.

Le due tipologie di moneta elettronica presentano alcune differenti connotazioni: oltre ai già citati diversi supporti, gli aspetti peculiari — anche se, in verità, non del tutto esclusivi — della prima sono il limitato valore dell'importo massimo caricabile, l'attitudine ad essere usata nel commercio al dettaglio, il funzionamento *off line* e non in tempo reale dei circuiti telematici, la completa anonimità dell'uso; la seconda, invece, non disponendo di un supporto materiale, è concepita specificamente per regolare,

²⁴ Cfr. S. MARTUCELLI, *op. cit.*, p. 196.

²⁵ Sia che si tratti di *e-cash* su *smart card*, sia che si tratti di *software money*, il venditore, a differenza di quanto accade con gli assegni elettronici, riceve il valore di cui è creditore istantaneamente, attraverso il prelevamento dalla carta a microprocessore o dall'*hard-disk* ed il conseguente trasferimento sul proprio computer.

Pertanto, il pagamento mediante moneta elettronica è caratterizzato da un rapporto diretto tra debitore e creditore e non richiede accesso a distanza a fondi sui conti del soggetto che paga, poiché la ricchezza spendibile risiede nella *smart card* o nel *file* dell'*hard disk*.

La natura esclusivamente bilaterale del rapporto viene in rilievo esclusivamente nella fase esecutiva del pagamento, presupponendo un sottostante rapporto (rapporto di provvista) tra il debitore e l'istituto emittente (cfr. G. CASSANO (a cura di), *Internet*, cit., p. 141).

²⁶ U. BURANI, *Il quadro normativo comunitario in materia di servizi finanziari on line*, in D. MASCIANDARO-F. RIOLO (a cura di), *E-banking e e-commerce. Economia e tecnologia*, Roma, 2000, p. 370, evidenzia

come la moneta elettronica contenuta su *smart card*, ricaricabile mediante carta di credito o bancomat, attraverso procedure a distanza (la c.d. « telericarica »), la cui funzione c.d. *peer to peer* ne consente il trasferimento del valore da una carta ad un'altra, può sostituire, in quanto strumento istantaneo di pagamento estremamente duttile, i mezzi tradizionali (contanti e assegni) sia nelle spese c.d. al dettaglio, nelle transazioni *face-to-face* di importo limitato, sia nelle varie operazioni di massa via Internet che oggi trovano diffusione anche nel nostro Paese a seguito dell'introduzione della firma digitale.

²⁷ Si tratta, anche in questo caso, di uno strumento di pagamento *stored value*, il cui valore, immagazzinato nell'elaboratore elettronico, viene successivamente utilizzato, di volta in volta, anche per i piccoli pagamenti al dettaglio effettuati in « rete ».

²⁸ Essa, inoltre, si presta ad essere utilizzata dai grandi operatori, non essendovi limitazioni d'importo, a differenza dell'*e-money* su *smart card* (cfr. F. BUFFA, *Moneta digitale e tutele*, in G. CASSANO (a cura di), *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, Milano, 2003, pp. 131 ss.).

via Internet, transazioni di commercio elettronico (in particolare tra aziende o tra banche e aziende) e, se teoricamente non conosce limiti di importo, nella pratica contiene importi di considerevole valore²⁹.

Proprio la presenza di queste sostanziali differenze, tra cui spicca, in particolare, quella attinente alla loro diversa finalità (la carta prepagata, essendo solitamente caricata con importi limitati, è uno strumento utilizzabile solo dai « consumatori »; al contrario, la *software money* si presta ad un'utilizzazione più diffusa e generale, anche da parte di grandi operatori, suscitando, però, l'« attenzione » anche della criminalità organizzata, alla continua ricerca di strumenti per il riciclaggio del danaro sporco), ha indotto recentemente il Comitato economico e sociale dell'Unione Europea a criticare l'aver accomunato nella definizione di moneta elettronica sia la c.d. *software money* — immagazzinata nella memoria di un computer —, sia la moneta caricata sulle carte a microprocessore (le cc.dd. « carte prepagate »).

Pertanto, pur avendo tali prodotti alcune caratteristiche comuni, come la possibilità di utilizzo senza autorizzazione da parte di banche o terzi e l'anonimità dell'uso, il suddetto Comitato economico e sociale ha suggerito di sottoporre gli enti abilitati ad emettere *software money* a prescrizioni più severe, sottolineando come l'emissione di moneta elettronica « non crea moneta, ma la sostituisce »³⁰: tale operazione di emissione di moneta elettronica, acclarato che quest'ultima presenta caratteristiche tali da risultare assimilabile al contante, configura una conversione della moneta « legale » in una nuova forma, quella « digitale ».

Dunque, quest'ultima innovativa tipologia di moneta, di norma, è emessa a fronte della ricezione di fondi di pari ammontare e, pertanto, viene qualificata, come già accennato, come « prepagata »³¹; tuttavia, a differenza delle consuete carte così definite³², essa costituisce uno strumento di pagamento utilizzabile anche presso imprese diverse dall'emittente, offrendo, di conseguenza, gli stessi vantaggi del danaro contante, quali, ad esempio, il trasferimento istantaneo di valore e la facilità di pagamento da persona a persona³³.

Se, da un lato, parte della dottrina³⁴ qualifica la moneta elettronica un titolo di credito acquistato presso un istituto emittente, contenente una promessa di pagamento a vista dell'importo nominale della moneta, dall'altro, altri giuristi eccepiscono, fondatamente, che questo nuovo mezzo di pagamento telematico, pur integrando una funzione rappresentativa e, in certi limiti, sostitutiva della ricchezza tradizionale e pur essendo

²⁹ U. BURANI, *Il quadro normativo comunitario*, cit., p. 371.

³⁰ Cfr. COMITATO ECONOMICO E SOCIALE, *Parere*, pubblicato in G.U.C.E., 12 aprile 1999, C. 101/64 ss.

³¹ Pertanto, G. OLIVIERI, *op. cit.*, p. 811, afferma che essa può nascere da un processo di conversione di altri tipi di moneta, legale o scritturale, realizzato mediante incorporazione del relativo valore su un supporto informatico.

³² Come, ad esempio, quelle telefoniche.

³³ Così, F. BUFFA, *Moneta digitale*, cit., p. 144, il quale ne esalta la capacità di garantire « spendibilità della ricchezza come contante, sicurezza nei pagamenti e *privacy* del consumatore ».

³⁴ F. LANFRANCHI, *Problemi giuridici*, cit., p. 122, ma soprattutto G. OLIVIERI, *op. cit.*, p. 813, che richiama alcuni studi effettuati in seno alla Banca di Francia sulla *monnaie électronique*, editi in *Bulletin de la Banque de France*, 1999.

uno strumento destinato alla circolazione di quest'ultima (sia pur immateriale), non deve confondersi con un titolo di credito, in quanto la promessa di pagamento (ovvero di conversione dei *bytes* in moneta legale) non è incorporata nella moneta elettronica, bensì ad essa estrinseca³⁵.

È pur vero che i vantaggi offerti dall'*e-money* sono molteplici (può essere usata anche per i piccoli pagamenti, assicura semplicità d'uso, offre costi di transazione irrisori, permette l'immediatezza dell'accredito³⁶), ma è, altresì, necessario evidenziare alcune rilevanti questioni giuridiche inerenti l'*e-cash*, suscettibili di produrre un significativo impatto sull'attività di *e-commerce*.

In *primis*, garantire il profilo della sicurezza³⁷ appare fondamentale per lo sviluppo del commercio elettronico, in particolare del commercio al dettaglio³⁸: funzionali all'accrescimento della conoscenza, e, quindi, della confidenza dei consumatori nello strumento telematico, sono le politiche di formazione e di alfabetizzazione informatica.

Il principale strumento adottato al fine di impedire un indebito uso della moneta digitale è rappresentato dal ricorso alle tecniche crittografiche³⁹ e, in particolare, alla firma digitale⁴⁰: il rapporto di provvista sottostante alla moneta elettronica deve fondarsi sul deposito in un conto bancario presso la banca promittente ed il relativo trasferimento necessita, per ragioni di sicurezza, di una codifica attraverso il già menzionato procedimento di crittografia a chiave pubblica/privata⁴¹.

³⁵ Suscita perplessità la tesi di chi nega l'equiparabilità della moneta elettronica ai titoli di credito fondando il riferimento sull'esclusione del trasferimento all'*accipiens* del credito vantato dal detentore nei confronti dell'emittente, in conseguenza del pagamento: se così fosse, il portatore dell'*e-money* potrebbe chiederne il versamento solo all'istituto che lo ha emesso, mentre, viceversa, il diritto al rimborso è azionabile solo nei confronti dell'intermediario finanziario con cui l'*accipiens* intrattiene un rapporto contrattuale — che generalmente non coincide con quello intrattenuto dal *solvens* con l'istituto emittente — (cfr. G. OLIVIERI, *op. cit.*, p. 813).

³⁶ Così, E.A. TRIPODI-F. SANTORO-S. MISSINEO, *Manuale di commercio elettronico. Profili di marketing, giuridici, fiscali. Le forme di incentivazione alle imprese*, Milano, 2000, pp. 467 ss.

³⁷ Sul punto, si rinvia a A. BIASIOTTI, *La sicurezza nel commercio elettronico*, 2000, *passim*; P. SORU, *La sicurezza come presupposto per lo sviluppo dei servizi telematici*, in W.G. SCOTT-M. MURTULA-M. STECCO (a cura di), *Il commercio elettronico*, Torino, 1999, pp. 198 ss.; R. BORRUSO, *Gli aspetti legali della sicurezza nell'uso delle carte di credito e di pagamento*, in *Giust. civ.*, 1992, II, pp. 217 ss.

³⁸ C. TRESOLDI, *Nuove tecnologie, sistema delle reti e sviluppo economico*, in

Documenti della Banca d'Italia, Napoli, 2000, p. 12, cita recenti dati forniti dall'OCSE, secondo i quali «circa un terzo degli ordini effettuati tramite Internet avrebbero natura dolosa. La pirateria informatica, il rischio di frodi e contraffazioni, la possibilità di intercettazioni e manipolazioni delle informazioni trasmesse disincentivano l'utilizzo di «reti» aperte da parte dei consumatori e delle stesse imprese».

³⁹ Esse impediscono sia interferenze illecite di terzi, sia comportamenti scorretti del possessore della moneta.

⁴⁰ Nei pagamenti mediate moneta elettronica, pur non essendo necessaria alcuna sottoscrizione, né l'identificazione obbligatoria del soggetto pagante, è comunque fatta salva la facoltà del creditore, legittimato astrattamente a rifiutare l'adempimento del terzo, di richiedere tale identificazione.

Pertanto, in relazione alla *cyber money*, la firma digitale assume particolare rilievo, in quanto ne garantisce la provenienza dall'intermediario finanziario emittente, e, conseguentemente, il valore del bene immateriale scambiato (cfr. F. BUFFA, *Moneta digitale*, cit., p. 145).

⁴¹ Ciò è riconosciuto dalla Comunicazione della Commissione Europea (97) 503, rubricata «*Ensuring security and trust in electronic communication: towards a european Framework for Digital Signatures*

In verità, la questione della sicurezza dei mezzi di pagamento elettronici non è solo di natura tecnica: vi sono anche evidenti risvolti giuridici⁴², collegati all'individuazione delle responsabilità per l'inesecuzione o l'inesatta esecuzione del pagamento⁴³, oltre che per l'effettuazione di operazioni non autorizzate⁴⁴; sul tema, l'UNCITRAL ha adottato il 15 maggio 1992 il *Model Law on International Credit Transfers*⁴⁵.

Altra utile base di approfondimento della problematica è rappresentata dalla legislazione statunitense in materia di trasferimenti elettronici di fondi, articolata nell'*Electronic Fund Transfer Act*⁴⁶ e, soprattutto, nell'art. 4A dell'*Uniform Commercial Code*⁴⁷, mentre in ambito comunitario la disciplina della materia in oggetto è prevalentemente di fonte privatistica.

and Encryption», richiamata in F. LANFRANCHI, *Problemi giuridici*, cit., p. 122.

La procedura con cui operano i due protocolli più diffusi (SET e SSL) è minuziosamente esposta in A. VIETRI, *Transazioni sicure: la certificazione e la crittografia dei dati*, in W.G. SCOTT-M. MURTULA-M. STECCO (a cura di), *op. cit.*, pp. 215 ss.

Il SET — *Secure Electronic Transaction* — è stato progettato per offrire un livello di sicurezza e protezione elevato contro le frodi, per quanto attiene alle transazioni su Internet, con l'obiettivo di ottenere lo stesso grado di fiducia che hanno tutte le parti contraenti di un negozio fisico.

Allo stesso obiettivo risponde un altro sistema di sicurezza, il SSL — *Secure Sockets Layer* —, che è stato sviluppato dalla Netscape e che attiene al metodo con cui i dati vengono scambiati fra *client* e *server* in un ambiente elettronico sicuro che garantisce confidenzialità e integrità della transazione.

Il profilo giuridico e tecnico della firma digitale previsto dalla legge e dai regolamenti attuativi, nonché la richiesta di autorizzazione preventiva per l'esercizio del servizio da parte degli enti certificatori, garantiscono l'identità delle parti coinvolte nello scambio e l'integrità del contenuto scambiato.

In materia di crittografia, v. A. GIANNACCARI, *La crittografia come strumento per garantire la riservatezza delle comunicazioni*, in *Dir. Inf.*, 2000, pp. 509 ss.; R. ZAGAMI, *Firme « digitali », crittografia e validità del commercio elettronico*, *ivi*, 1996, p. 151.

⁴² Le soluzioni tecnologiche adottate, quali la crittografia e i *firewall* (dispositivi *hardware* o *software* deputati a controllare il traffico tra reti locali e Internet), intendono presidiare e garantire la sicurezza delle transazioni in termini di:

- privacy dell'accesso,
- integrità dell'informazione,
- autenticità della provenienza,
- non ripudiabilità dell'invio del messaggio da parte del mittente,
- anonimato delle operazioni.

Tali elementi, rappresentanti i cinque principali profili che caratterizzano la nozione di sicurezza, sono approfonditamente analizzati in S. CERI-P. FRATERNALI, *Le tecnologie per l'economic business sicuro*, in D. MASCIANDARO-F. RIOLO (a cura di), *op. cit.*, pp. 170 ss.

⁴³ Sulla responsabilità degli operatori e dell'ente di emissione rispetto alle procedure di pagamento elettronico, si rinvia a G. RIEM, *Il commercio elettronico*, in *I contratti in generale*, collana *Il diritto privato nella giurisprudenza* (a cura di P. CENDON), II, Torino, pp. 200-201.

⁴⁴ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Il problema dei mezzi di pagamento*, in E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 1999, p. 122.

⁴⁵ In argomento, v. L. MIGLIORINO, *La legge modello Uncitral sul trasferimento internazionale di fondi*, in *Dir. comm. internaz. (pratica internazionale e diritto interno)*, 1995, pp. 137 ss.

⁴⁶ L'*Electronic Fund Transfer Act*, emanato nel 1978, detta la disciplina che nei trasferimenti elettronici di fondi regola i rapporti tra banche e clienti, tutelando in particolare i diritti di questi ultimi.

⁴⁷ Per l'esegesi di tale disposizione, v. 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 *Contr. impr.*, 1991, p. 1074; E.T. PATRIKIS-T.C. BAXTER, JR.-R.K. BHALA, *Article 4A: the new law of funds transfers and the role of counsel*, in *23 Uniform Commercial Code Law Journal*, 1990, pp. 219 ss.

In tale sede, la normativa più esaustiva è costituita dalla innanzi citata Raccomandazione 97/489/CE del 30 luglio 1997, « relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici », il cui art. 8, comma 4, appare particolarmente importante in quanto, riferendosi espressamente allo « strumento di moneta elettronica », dispone che l'emittente sia responsabile nei confronti del titolare « per la perdita dell'ammontare dei fondi caricati su detto strumento, nonché per l'esecuzione inesatta delle operazioni del titolare, ove la perdita o l'esecuzione inesatta siano imputabili ad un guasto dello strumento stesso, del terminale/attrezzatura o di qualsiasi altra apparecchiatura utilizzata per eseguire un'operazione, purché detto guasto non sia provocato dal titolare volontariamente »⁴⁸.

Mentre negli Stati Uniti alcune compagnie di assicurazione stanno sperimentando l'offerta di polizze che coprano i suddetti rischi, inserendoli all'interno di quelli relativi alla responsabilità civile gravante sulle aziende che esercitano il commercio elettronico, per danni dovuti a perdita di danaro o di fondi elettronici intervenuti nell'ambito delle transazioni *on line*, in ambito comunitario⁴⁹ si sta lavorando ad una proposta di azione comune nella lotta contro la frode e le falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dal contante, procedendo all'inserimento di queste fattispecie delittuose entro i reati penalmente perseguibili e punibili con sanzioni efficaci, proporzionali e dissuasive⁵⁰.

L'esperienza italiana in argomento è caratterizzata dall'iniziativa della Banca d'Italia che, attraverso la proficua collaborazione con AIPA ed ABI, volta ad assicurare un utilizzo ampio, uniforme e corretto della firma digitale e la garanzia dell'effettiva sicurezza e della piena interoperabilità di quest'ultima tra gli operatori dei vari sistemi di pagamento e tra questi e la pubblica amministrazione, assume la veste di tutore istituzionale dell'« infrastruttura delle reti » e persegue obiettivi di efficienza, sicurezza e rapidità delle transazioni che si regolano nel sistema economico⁵¹: la realizzazione di questo « circuito delle reti » rappresenta la condizione indispensabile per creare un moderno sistema dei pagamenti pubblici integrato a livello nazionale ed internazionale.

⁴⁸ Sul punto, v. G. FINOCCHIARO, *Il problema*, cit., pp. 123-126.

⁴⁹ C. TRESOLDI, *Lo Sviluppo delle carte di pagamento e il ruolo della Banca centrale*, in *Documenti della Banca d'Italia*, Roma, 2002, p. 5, apprezza le iniziative promosse nell'ambito del Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC) che si sono concentrate sulla sicurezza della moneta elettronica e sui suoi possibili utilizzi.

Con riferimento al primo obiettivo, sono stati definiti i requisiti di sicurezza minimi per ciascuna tipologia di moneta elettronica sin dal 1998 (*Report on electronic money*, agosto 1998), « e più di recente avviando una consultazione pubblica su un documento tecnico (*Electronic Money System Security Objectives*, marzo 2002), che dovrebbe servire da guida agli emittenti di

carte elettroniche »; in merito al secondo obiettivo, sono stati avviati approfondimenti sulle caratteristiche dei pagamenti elettronici al fine di rafforzare i *security services* per le transazioni *on line*.

⁵⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione Europea (98) 395 « Un quadro d'azione per la lotta alla frode ed alla falsificazione a danno dei mezzi di pagamento diversi dai contanti », citata da P. VALENTE-F. ROCCATAGLIATA, *Aspetti Giuridici*, cit., p. 53.

⁵¹ « In questa prospettiva si collocano le iniziative sul fisco telematico ed il progetto di integrazione della rete unitaria della pubblica amministrazione (RUPA) con la Rete Nazionale Interbancaria (RNI) e con la rete internazionale SWIFT » (così C. TRESOLDI, *Nuove tecnologie*, cit., p. 14).

Nel contesto di una redistribuzione delle funzioni dello Stato agli enti territoriali, come quella che si sta attuando in Italia, le esigenze di gestione unitaria degli incassi e dei pagamenti delle amministrazioni centrali e periferiche potranno essere assolte dalla Tesoreria Centrale, agevolando in tal modo la funzione di controllo dei flussi finanziari e recando benefici in termini di economicità ed efficienza al sistema economico nel suo complesso.

4. NATURA GIURIDICA DELL'E-CASH.

La moneta elettronica sembra avviata verso la conquista della « accettabilità universale incondizionata, senza la quale nessuna merce o suo « simulacro » possono assolvere la funzione di moneta »⁵².

Eppure, secondo parte della dottrina⁵³, essa non può ritenersi completamente equiparabile alla moneta legale, ma può funzionare come titolo di credito, diversamente dalla carta di pagamento (ad esempio, il Bancomat), che non presenta i requisiti della incorporazione del diritto nel titolo.

Assunto che la moneta è considerata dagli economisti un fenomeno trasversale, nel campo del diritto, più decisamente, il giurista è portato a considerare come moneta *tout court* quella qualificata come « legale »: ciò induce ad indicare la moneta « digitale » quale moneta vera e propria, in quanto corrispondente a quella nozione (di moneta « legale ») positivamente determinata.

Il metodo giuridico ci impone di testare tale assunto attraverso una rigorosa analisi, mirata ad indagare se l'*e-money* possieda in sé i caratteri giuridici che descrivono il concetto e la nozione di « moneta »⁵⁴.

4.1. NON RIFIUTABILITÀ.

Il maggiore ostacolo al riconoscimento della moneta elettronica come moneta c.d. « di diritto » e alla qualificazione giuridica dei pagamenti telematici in tempo reale come atti di adempimento delle obbligazioni pecuniarie è costituito dalla previsione contenuta nell'art. 1277, comma 1, c.c.; tale norma, infatti, conferisce esclusivamente alla moneta c.d. « legale » l'attitudine ad estinguere l'obbligazione pecuniaria. Occorre, pertanto, verificare se i caratteri che l'ordinamento italiano attribuisce a ciò che considera moneta « legale » — espressamente l'efficacia solutoria e la non rifiutabilità (elementi al di fuori della moneta, non connaturati ad essa, ma conferiti ad essa dall'esterno, dal legislatore, mediante il succitato

⁵² È di questo avviso R. MORI, *Essere Moneta*, Roma, 1997, p. 88.

Per l'utente-consumatore che acquisti beni o servizi via internet e che effettui il relativo pagamento con moneta elettronica è certamente fondamentale che di quest'ultima venga riconosciuta l'efficacia liberatoria e, di conseguenza, che non gli venga richiesta la reiterazione dello stesso pagamento.

⁵³ Per una panoramica delle teorie sull'argomento si rinvia a C. SARZANA DI S. IPPOLITO-F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *op. cit.*, p. 162.

⁵⁴ Cfr. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, pp. 199-200.

Sulla nozione di « moneta », v. F. CARBONETTI, *Moneta*, in *Dizion. dir. priv.* (a cura di N. IRTI), V, *Diritto monetario*, Milano, 1987, pp. 375 ss.

art. 1277 c.c.) — possano essere attribuiti anche alla moneta denominata « elettronica » o « digitale ».

Quanto alla irrifutabilità, una discussa interpretazione⁵⁵ dell'art. 1277 c.c. potrebbe condurre a negare alla moneta elettronica la qualifica di moneta « di diritto ». Tuttavia, il d.l. 3 maggio 1991, n. 143 (« Provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopi di riciclaggio »), convertito nella legge 5 luglio 1991, n. 197 (c.d. legge « anti-riciclaggio »), assume una dirompente portata sotto l'aspetto civilistico: l'art. 1 della legge, vietando l'uso del danaro contante quando il valore da trasferire è complessivamente superiore ai venti milioni — *recenter* a 12.500 euro —, sancisce incontrovertibilmente il dovere del creditore di rifiutare un pagamento effettuato in contanti.

Dunque, seppure limitatamente a quest'ipotesi determinata a priori, la moneta « legale » viene a perdere il suo carattere di « non rifiutabilità », mentre, quasi per paradosso, è proprio la moneta elettronica a diventare irrifutabile, determinando un trasferimento « elettronico » di fondi conforme alle disposizioni di cui alla suddetta legge⁵⁶.

La disposizione in parola, quantunque eccezionale, apre una sostanziale ed effettiva breccia nel tradizionale concetto giuridico di moneta, così come desunto dall'interpretazione consueta dell'art. 1277 c.c.: appare incontestabile, infatti, che, segnatamente nelle transazioni di maggior rilievo economico, la « vera » moneta legale è la moneta elettronica, diventata più « legale » del danaro contante.

4.2. POTERE SOLUTORIO.

Nell'ordinamento italiano l'art. 1277 c.c., come si è anzi fatto cenno, stabilisce che i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello stato al tempo del pagamento e per il loro valore nominale: la rigorosa applicazione di tale norma conduce ad escludere che un accreditamento di moneta elettronica possa costituire dazione effettiva di moneta legale; di conseguenza, il pagamento con *e-money* potrebbe produrre effetto liberatorio solo con il consenso del creditore, *ex art.* 1197 c.c., secondo cui « il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta salvo che il creditore vi consenta »⁵⁷, oppure, conformemente a quanto disposto dall'art. 1281 c.c., mediante una legge speciale che consenta tale diverso adempimento⁵⁸.

⁵⁵ Per tutti, v. F. CARBONETTI, *op. cit.*, pp. 398-399; B. INZITARI, *La moneta*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. GALGANO, VI, *Moneta e valuta*, I, 1983, pp. 59 ss.; A. MAGAZZÙ, *Pagamento*, in *Diz. dir. priv.* (a cura di N. IRTI), cit., pp. 525 e 538-539. Anche la Corte di Cassazione, pur aderendo all'interpretazione formalistica dell'art. 1277 c.c., sostiene che il principio stabilito nella norma è anacronisticamente contrastante « con il

dinamismo dei rapporti nella società moderna » (Cass., 3 luglio 1980, n. 4205, in *Foro it.*, 1980, I, pp. 2113 ss., con nota di R. PARDOLESI).

⁵⁶ Così, S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, p. 204.

⁵⁷ F. LANFRANCHI, *Problemi giuridici*, cit., p. 123.

⁵⁸ In tal senso, C. SARZANA DI S. IPPOLITO-F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *op. cit.*, p. 169.

La divergenza tra le suddette disposizioni è, invero, solo apparente; la giurisprudenza più recente, infatti, attraverso il richiamo al dovere di correttezza di cui all'art. 1175 c.c.⁵⁹, sostiene che, qualora la pratica costante e preesistente intercorrente tra le parti⁶⁰, ovvero la pratica costante per il tipo di affare cui il contratto appartiene⁶¹, sia quella di un pagamento diverso, il creditore non potrà rifiutare il pagamento se non adducendo specifici motivi⁶². Appare logico dedurre dalle conclusioni formulate nelle pronunce qui richiamate che anche il pagamento elettronico può considerarsi estintivo dell'obbligazione pecuniaria, qualora vi sia il consenso del creditore o sussistano le circostanze citate.

In realtà, nei pagamenti via Internet la prassi costante vuole che sia lo stesso creditore a proporre la moneta elettronica quale mezzo di pagamento: in questo caso, dunque, il pagamento informatico, in quanto espressamente richiesto, non sostituisce, bensì costituisce esso stesso pagamento soddisfacente della prestazione⁶³; l'adesione ad un nuovo sistema elettronico di trasferimento di fondi, ovvero l'accettazione dell'accredito, rende implicito il consenso.

Il diffondersi dell'uso commerciale di accettazione dei nuovi mezzi di pagamento nella *lex mercatoria*⁶⁴ imperante può condurre alla determinazione di una vera e propria presunzione di consenso da parte di tutti quei soggetti che non abbiano manifestato palesemente il proprio dissenso⁶⁵.

In tale scenario evolutivo, è doveroso segnalare, tuttavia, anche l'opinione di chi⁶⁶, identificando la moneta « elettronica » con quella « bancaria », la ritiene, in quanto semplice moneta « fiduciaria », sprovvista del « potere legale » di estinguere le obbligazioni pecuniarie, nonostante le evidenti analogie funzionali con la moneta legale; dunque, secondo tale tesi, l'accettazione dell'*e-money* rimane rimessa alla fiducia degli utenti e dipenderà dal grado di diffusione e di accettabilità della stessa.

⁵⁹ Ai sensi di tale articolo, se vi sono delle prassi commerciali tra operatori in forza delle quali il pagamento viene sempre effettuato mediante moneta elettronica, non è corretto il comportamento del creditore che rifiuta, senza alcun giustificato motivo, tale modalità di pagamento, perché, in tal caso, viola il principio di buona fede e correttezza nell'adempimento delle obbligazioni (cfr. F. BUFFA, *Moneta digitale*, cit., p. 152).

⁶⁰ Cfr. Cass., 24 giugno 1997, n. 5638.

⁶¹ Cfr. Cass., 3 aprile 1991, n. 3470.

⁶² In questi termini, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, tomo I, Padova, 1993, pp. 45 ss.

⁶³ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Il problema*, cit., p. 120.

⁶⁴ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. I, Padova, 1999, pp. 89 ss., definisce la *lex mercatoria* come « un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate

a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati ».

Sull'autonomia della *lex mercatoria* dalle *policy* dei singoli Stati, si rinvia a D. CORAPI, *L'influenza della « lex mercatoria » nell'ambito della circolazione dei modelli*, in G. AUTORINO (a cura di), *L'insegnamento dei sistemi giuridici comparati*, collana *Quaderni del Dipartimento di Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, diretti da P. STANZIONE, Salerno, 1999, pp. 29 ss.; M.E. KLECKNER, *Lex mercatoria e l'« oltre »*, in M. COSTANZA (a cura di), *Oltre il diritto*, Padova, 1994, pp. 99 ss.; M.J. BONELL, *Lex mercatoria*, in *Digesto disc. priv.*, sez. comm., IX, Torino, 1993, pp. 11 ss.

⁶⁵ Di tale avviso è F. LANFRANCHI, *Problemi giuridici*, cit., p. 123.

⁶⁶ Per tutti, v. P. VALENTE-F. ROCCATAGLIATA, *I problemi connessi all'utilizzo della moneta elettronica*, in *Impr. comm. ind.*, n. 11, Roma, 1999, p. 1699.

Ammettendo che, in virtù dell'attuale assenza di una norma legislativa che espressamente lo preveda nel nostro ordinamento, un trasferimento elettronico di fondi⁶⁷ non può avere la stessa efficacia liberatoria della moneta legale⁶⁸, la differenza tra quest'ultima e la moneta elettronica si attenua, nella sostanza, poiché sia il consenso, di cui all'art. 1197 c.c.⁶⁹, sia l'indicazione del destinatario, di cui all'art. 1188 c.c., possono essere implicite e tacite⁷⁰.

Con riferimento a quest'ultima norma, il problema dell'effettuazione del pagamento nelle mani di chi è legittimato a riceverlo è generalmente risolto, nella prassi, mediante l'indicazione da parte del creditore delle modalità di adempimento della prestazione, comprensive delle indicazioni relative all'effettuazione del pagamento⁷¹.

Determinante ai fini della piena equivalenza tra moneta legale ed elettronica emerge il « dato » in base al quale l'operazione solutoria cui dà luogo quest'ultima è posta in essere « in tempo reale »⁷²: essa, infatti, comincia e finisce nel medesimo istante, poiché, quando il debitore immette l'ordine nel circuito elettronico, lo stesso viene contestualmente eseguito mediante il trasferimento di disponibilità monetarie dal conto del debitore a quello del creditore, proprio come accade nel pagamento in danaro contante, dove inizio e fine coincidono nel momento stesso in cui il debitore consegna nelle mani del creditore i pezzi monetari.

Può, dunque, prospettarsi con certezza che un nuovo strumento di pagamento (l'*e-cash*) è capace di sostituire perfettamente la moneta legale nella sua funzione di veicolo di circolazione della ricchezza: la movimenta-

⁶⁷ In argomento, v. E. GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi e autonomia privata*, Milano, 1986, *passim*; L. FANTOZZI, *Il trasferimento elettronico di fondi*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 1119; M. DONADI, *Problemi giuridici del trasferimento elettronico dei fondi*, in *Contr. impr.*, 1988, pp. 559 ss.; R. D'ORAZIO, *Profili di tutela dei consumatori nel trasferimento elettronico dei fondi*, in *Dir. Inf.*, 1988, pp. 375 ss.; G. ALPA, *Credito al consumo, carte di pagamento e trasferimento elettronico di fondi*, in *Studi e informazioni — Rivista sul governo dell'economia*, n. 4, 1987, pp. 143 ss.; S. MACCARONE, *I trasferimenti elettronici di fondi nel diritto italiano*, in *Dir. Inf.*, 1985, pp. 605 ss.; ed in particolare V. ZAMBRANO, *Trasferimento elettronico di fondi: una nuova modalità di adempimento?*, in *Quaderni del Dipartimento di Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, diretti da P. STANZIONE, Salerno, 1996, *passim*.

L'Autore, procedendo ad una lettura assiologica del trasferimento *on line*, suggerisce di esaminare la condotta del debitore in un'ottica che rivaluti il rapporto sottostante, poiché sostenere che l'obbligazione si estingue nel momento in cui è disposto l'accredito è indicazione meramente descrittiva di un fenomeno articolato, in cui

accanto ad obblighi di dare si collocano anche obblighi di fare.

⁶⁸ Tuttavia, R. D'ORAZIO-V. ZENO ZENGOVICH, *Profili di Responsabilità contrattuale ed aquiliana nella fornitura di servizi telematici*, in *Dir. Inf.*, 1990, p. 448, sostengono che l'immediatezza dell'effetto estintivo non deve indurre a ritenere semplicisticamente che i trasferimenti elettronici di fondi non siano altro che un moderno modo di adempimento delle obbligazioni, dovendosi piuttosto verificare se l'attribuzione patrimoniale acquisti autonomia rilevante o non sia altro che il risultato finale, « la conseguenza normale, del contenuto dell'obbligo ».

⁶⁹ L'art. 1197 c.c. dispone che il consenso del creditore consente la liberazione del debitore che effettui una prestazione diversa.

⁷⁰ E. GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici dei fondi ed adempimento*, in *Foro it.*, 1990, V, pp. 165 ss.

⁷¹ Sul punto, v. G. FINOCCHIARO, *Il problema*, cit., p. 121.

⁷² Giustamente, A. TIDU, *Clausola di esecuzione in tempo « reale » e pagamenti elettronici interbancari*, in AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, Padova, 1992, II, *passim*.

zione di fondi relativa alle quotidiane transazioni avviene mediante lo spostamento di astratte disponibilità monetarie sotto forma di impulsi elettronici, e, di conseguenza, il creditore, beneficiario del trasferimento telematico, avvenuto l'accredito, non ha bisogno di attendere un'ulteriore fase della vicenda solutoria; il « buon fine » dell'operazione è già avvenuto ed egli non ha alcuna necessità di convertire la moneta « elettronica » in moneta « legale », consapevole di poterla « rispendere », proprio in quanto tale.

Le considerazioni appena svolte consentono l'accostamento *de facto* della moneta « elettronica » alla moneta « legale »⁷³: si può fondatamente sostenere che il pagamento mediante *e-cash* realizza pienamente e definitivamente l'interesse del creditore e, dunque, anche alla *datio* di moneta elettronica va riconosciuta, seppure tuttora convenzionalmente, la capacità estintiva dell'obbligazione pecuniaria, pari a quella riferibile alla *datio* di moneta legale⁷⁴.

Ai fini della piena equipollenza, altresì, appare necessario considerare la nuova moneta come estrinsecazione di un « valore » della moneta fisica; di conseguenza, è doveroso reinterpretare l'art. 1277 c.c., conferendo ad un sistema diverso da quello legale « egual valore adempitivo »⁷⁵.

Il concetto di danaro va ancorato alla sua funzione intrinseca di « unità ideale di misura di un astratto potere patrimoniale di scambio »⁷⁶, movimentato, in questo caso, da impulsi elettronici; attraverso questi ultimi la liquidità monetaria circola e viene accettata nel mercato⁷⁷, a prescindere da una sua conversione in danaro contante — evento che, irrilevante da un punto di vista economico, potrebbe non avvenire mai —⁷⁸.

La descritta semplificazione della circolazione monetaria imporrà, nel breve, la « rivisitazione » degli istituti del codice civile, orientandoli verso il superamento del rigido principio di equivalenza fra il danaro contante e la prestazione dedotta in obbligazione: con la moneta elettronica si ritorna ad una fattispecie di *traditio* di astratte disponibilità monetarie sotto forma di impulsi elettronici.

La moneta digitale, per quanto fin qui argomentato, assume sempre più i caratteri di moneta legale, sia sotto il profilo dell'efficacia solutoria, sia sotto quello della non rifiutabilità.

Altro ostacolo alla diffusione della moneta elettronica potrebbe risiedere nell'art. 1182 c.c., comma 3, che stabilisce che le obbligazioni pecuniarie devono essere adempite « presso il domicilio che il creditore ha al momento della scadenza », salvo che il luogo dell'adempimento non sia determinato convenzionalmente dalle parti. Questo ostacolo è eliminabile con l'utilizzo dell'*home banking*⁷⁹, la cassaforte virtuale, che, collocata diret-

⁷³ In tema, v. anche A.R. GORI, *Riuscirà la moneta elettronica a sostituire il contante?*, in *Bancaria*, n. 4, 1994, pp. 62 ss.

⁷⁴ In questo senso, v. S. MARTUCELLI, *op. cit.*, pp. 197-200.

⁷⁵ Così C. SARZANA DI S. IPPOLITO-F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *op. cit.*, p. 169.

⁷⁶ Tale nozione viene elaborata in B. INZITARI, *Il danaro come « unità ideale »: conseguenze su circolazione e pagamenti*,

in *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.* diretto da F. GALGANO, 1983, cit., p. 57.

⁷⁷ F. CARBONETTI, *op. cit.*, p. 377.

⁷⁸ Cfr. B. INZITARI, *La moneta*, cit., pp. 41 ss.

⁷⁹ L'*home banking* rappresenta una delle più recenti opportunità di fruizione dei servizi telematici di pagamento, insieme con il *corporate banking* ed il *phone banking*. Quest'ultimo, in particolare, è molto semplice e si articola in servizi informativi

tamente presso l'utente, rispetta la normativa sul domicilio creditorio, mediante l'utilizzo della tecnologia della *blind signature*.

Perché la moneta digitale possa essere riconosciuta dall'ordinamento come mezzo di pagamento liberatorio, è necessario anche verificare se ed in quale misura altre leggi nazionali, convenzioni di diritto uniforme, ovvero norme tratte dal diritto internazionale privato, attribuiscono la validità di una *datio in solutum* all'adempimento effettuato con tale strumento, in assenza di un espresso regolamento a livello internazionale che ne assicuri una disciplina uniforme⁸⁰.

De iure condendo, il persistere di una situazione di sostanziale *deregulation*⁸¹ potrebbe frenare l'uso della moneta elettronica nei rapporti commerciali internazionali; di qui l'impegno delle Nazioni Unite⁸² e della Commissione Europea ad evidenziare i problemi e proporre le relative soluzioni in tema di commercio elettronico⁸³: i progetti di « borsellino elettronico »⁸⁴, in fase di avanzata realizzazione sia negli USA che in Europa, inducono a ritenere probabile che prossimamente, nell'ambito delle transazioni *business to consumers*, l'*e-money* diventerà un sistema di pagamento di massa e, verosimilmente, la regolamentazione sarà essenzialmente di tipo pattizio: si concluderanno, da un lato, convenzioni interbancarie per il regolamento dei saldi, dall'altro, convenzioni bilaterali di conto corrente tra banche e consumatori.

5. TUTELA DELL'ANONIMATO.

La moneta elettronica, generalmente, non richiede l'identificazione dell'utilizzatore, assicurandone, perciò, l'anonimato. I più innovativi sistemi di emissione di *e-money*, infatti, adottano la tecnica della *blind signature*⁸⁵, già adottata dalle maggiori banche europee, in virtù della quale l'u-

offerti telefonicamente, limitati nel contenuto e senza che il cliente abbia la possibilità di poter incidere sulle informazioni richieste, predisposte con sistema automatico e a risposta guidata.

⁸⁰ F. LANFRANCHI, *Problemi giuridici*, cit., p. 123.

⁸¹ Parla di « deregolamentazione a livello internazionale » C. ROSSELLO, *Profili giuridici relativi ai contratti conclusi via internet*, in W. G. SCOTT-M. MURTULA-M. STECCO (a cura di), *op. cit.*, p. 286.

⁸² Cfr. UNCITRAL, *Draft uniform rules on electronic signatures*, 23 novembre 1998; Id., *Model law on electronic commerce with guide to enactment*, 1996; Raccomandazione OECD, *Guidelines for cryptography policy*, 27 marzo 1997.

⁸³ In questo senso, F. LANFRANCHI, *Problemi giuridici*, cit., p. 124.

⁸⁴ Secondo E.A. TRIPODI-F. SANTOROS. MISSINEO, *op. cit.*, p. 467, l'utilizzo di borsellini elettronici nei pagamenti offre un grande vantaggio: a differenza, ad es., che con i tradizionali assegni, il commer-

ciante riceve il valore di cui è creditore istantaneamente, attraverso il prelievamento dalla carta a microprocessore, prima, ed il trasferimento sul terminale del venditore, poi.

Quest'ultimo, successivamente, potrà connettersi in « rete » alla banca per depositarlo sul proprio conto corrente oppure accumularlo su una propria *smart card*, da scaricare successivamente presso appositi sportelli bancari.

⁸⁵ Tale procedura consente agli strumenti di pagamento *stored value* di non richiedere l'identificazione dell'utilizzatore: non è la banca a generare le monete elettroniche, ma il *software* nel computer del cliente che elabora numeri di serie casuali. Dunque, le monete digitali sono spedite alla banca in busta e la banca ne completa il processo di generazione, ma non ne può conoscere il numero di serie e le modalità di utilizzazione: l'*e-cash*, in tal modo, diviene veramente anonima come le banconote.

Pertanto, nei sistemi di moneta elettronica la *privacy* del portatore, e, dunque,

tente, attraverso il proprio computer, preleva direttamente dal proprio conto la moneta digitale, avente lo stesso valore e la stessa spendibilità della moneta legale, ed ottiene, al contempo, la piena tutela della sua *privacy* grazie all'applicazione delle tecniche crittografiche a chiavi asimmetriche⁸⁶, garantendo in tal modo, oltre all'anonimato dell'utilizzatore, anche la sicurezza del sistema (interessi spesso contrapposti)⁸⁷.

Il *favor* per l'anonimato, prestandosi ad una duplice lettura — rappresenta sì un valore definitivamente consacrato dalla direttiva 95/46/CE, prima, e dalla legge 31 dicembre 1996, n. 675⁸⁸, poi (tali normative hanno innescato un vero e proprio processo sociale, prima ancora che giuridico, di « cultura della riservatezza »⁸⁹), ma è al contempo correlato all'esigenza di combattere i fenomeni di criminalità organizzata, che proprio sull'anonimato della moneta legale basano le proprie attività di riciclaggio del da-

il suo anonimato, sono protetti in quanto, a differenza dei pagamenti con carta di credito o con assegni elettronici, non sono necessarie né autorizzazioni, né identificazioni delle parti (cfr. E.A. TRIPOLI-F. SANTORO-S. MISSINEO, *op. cit.*, pp. 456 ss.).

A tal proposito, se *in re ipsa* la carta di credito può consentire la ricostruzione del profilo del proprio titolare, non offrendo, di conseguenza, alcuna garanzia in riferimento alla tutela della *privacy*, una sua ulteriore evoluzione potrebbe garantire anche la riservatezza dei dati identificativi della carta di credito e di quelli relativi all'ordine; tali informazioni possono essere inviate mediante due buste separate, di cui la prima è cifrata con la chiave pubblica della banca *acquirer* (di conseguenza, il commerciante non avrà modo di conoscerne il contenuto) e la seconda lo è con la chiave pubblica del commerciante (cosicché la banca, o altri, non verrà a conoscenza delle abitudini di acquisto del titolare della carta).

⁸⁶ Cfr. C. SARZANA DI S. IPPOLITO-F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *op. cit.*, pp. 169-170.

⁸⁷ G. FINOCCHIARO, *Il problema*, cit., p. 114.

⁸⁸ Per una panoramica sulla legge 675/96 e sui collegamenti con la direttiva 95/46/CE, v. E. GIANNANTONIO-M.G. LOSANO-V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali*, Padova, 1997, ed in particolare S. SICA, *Commento agli artt. 18 e 29*, pp. 265 ss.

L'Autore evidenzia l'importante funzione di tale normativa nell'ordinamento italiano in cui era stato assente qualsiasi esplicito riconoscimento del diritto alla riservatezza e, segnatamente, del diritto all'identità informatica. Tale « latitanza » rispondeva all'opzione operata nella Carta Fondamentale di far rientrare il diritto alla riservatezza nella più ampia categoria dei

diritti della personalità, sulla quale è pesato per lungo tempo il dogma della tipicità che ha sostenuto l'unitarietà di tutela della persona umana (secondo l'art. 2 Cost.) e la natura precettiva, non già meramente programmatica, della norma costituzionale in materia.

Il vuoto normativo, protrattosi per lungo tempo, è stato colmato da una disciplina che è il prodotto di un rapporto tra diritto comunitario e diritto interno configuratosi in termini di supplenza e che si fonda sui principi, ancora ignoti all'esperienza interna degli Stati membri, elaborati nell'ottica della dialettica impresa-consumatore, tra cui quello fondamentale del governo consensualistico della materia, prima garanzia della riservatezza intesa in senso procedimentale.

⁸⁹ L'evolversi di questo processo è rigorosamente ricostruito in S. SICA, *Il « sistema delle responsabilità »*, in G. COMANDÉ-S. SICA, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, pp. 236-238.

Sui profili relativi alla *privacy* nei pagamenti elettronici, v. anche E. TOSI, *Prime osservazioni sull'applicabilità della disciplina generale della tutela dei dati personali a Internet e al commercio elettronico*, in *Dir. Inf.*, n. 3, 1999, pp. 591 ss.; D. CHAUM, *Privacy protected payments: unconditional payer and/or payee untraceability*, in D. CHAUM-I. SCHAUMULLER, BICHL (a cura di), *Smart card 2000*, Amsterdam, 1989, pp. 69-93; S. SICA, *Privacy o trasparenza? Un falso dilemma*, in *Corr. giur.*, 1999, n. 4, pp. 4 ss.; G. CORRIAS LUCENTE, *Archivio informatico e violazione della legge sulla privacy*, in *Dir. Inf.*, 2000, pp. 301 ss.; D. CHAUM, *Achieving electronic privacy*, in *Scientific American*, agosto 1992, pp. 96-101; G. CIACCI, *Internet e il diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 233 ss.

naro sporco, il c.d. *money laundry*⁹⁰ —, impone la mediazione tra opposte esigenze: da un lato, impedire l'uso incontrollato delle informazioni contenute nel mezzo di pagamento⁹¹; dall'altro, evitare che i sistemi di *e-payments* entrino in conflitto con le disposizioni della legge antiriciclaggio⁹².

La soluzione di tale contrasto può trarsi dalla disciplina contrattuale convenzionalmente pattuita tra gli stessi soggetti privati cointeressati⁹³; se-

⁹⁰ L'espressione è di P. VALENTE-F. ROCCATAGLIATA, *Aspetti Giuridici*, cit., p. 53.

Se, in astratto, i supporti informatici (*smart cards* o *files*) su cui si memorizza l'*e-cash* possono contenere valori monetari senza alcun limite, al fine di prevenire sia abusi di terzi (o, addirittura, dello stesso operatore), sia fenomeni di *cyberlaundring*, vanno posti dei limiti agli importi contenibili nella memoria telematica, tali da rendere economicamente non conveniente l'abuso sulla « carta ».

Pertanto, per ridurre le possibilità di *placement* — ossia di collocamento del denaro di provenienza illecita e, conseguentemente, di conversione dell'*e-money* in moneta spendibile — ed ovviare al problema della « spesa plurima » della moneta elettronica attraverso la duplicazione o l'uso molteplice dei medesimi *bytes*, le si assegna un numero di serie e la banca appone la firma digitale a tale moneta che viene memorizzata.

Infine, la moneta elettronica è trasmessa al venditore il quale può verificare se essa sia spendibile interrogando l'intermediario finanziario che effettua le verifiche necessarie proprio mediante il numero di serie registrato, tutelandosi, in tal modo, da ogni tipo di comportamento illecito da parte del cliente.

⁹¹ F. BUFFA, *Moneta digitale*, cit., p. 152, denuncia che l'esame dei pagamenti effettuati *on line* può esporre il consumatore al pericolo di ricostruzione del suo profilo, attraverso un incrocio di dati che consenta di individuarne preferenze, abitudini, gusti commerciali.

⁹² In tema di antiriciclaggio in ambiente telematico, si rinvia a D. MASCIANDARO-A. MANTICA, *Evoluzione del sistema dei pagamenti, Internet e cybericiclaggio: prime riflessioni*, in D. MASCIANDARO-F. BRUNI (a cura di), *Mercati finanziari e riciclaggio: l'Italia nello scenario internazionale*, Milano, 1998, p. 67.

In Italia fin dal 1991 è stato previsto e disciplinato il reato di uso indebito di carte di pagamento; l'art. 12 del d.lgs. 143/91, poi convertito nella legge n. 197/91, « recante provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione

del sistema finanziario a scopo di riciclaggio », infatti, ha previsto che « chiunque, al fine di trarne profitto per sé o per altri, indebitamente utilizza, non essendone titolare, carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire seicentomila a lire tre milioni. Alla stessa pena soggiace chi, al fine di trarne profitto per sé o per altri, falsifica o altera carte di credito o di pagamento o qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, ovvero possiede, cede o acquisisce tali carte o documenti di provenienza illecita o comunque falsificati o alterati, nonché ordini di pagamento prodotti con essi ».

⁹³ In materia l'autoregolamentazione costituisce il principale strumento giuridico di composizione degli interessi, a causa sia del normale ritardo del legislatore nell'emanazione di norme che regolino fenomeni particolarmente avanzati, sia della sua scelta di non porre restrizioni normative allo sviluppo del settore.

Tuttavia, F. BUFFA, *Problematiche giuridiche delle forme di pagamento elettronico*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, Milano, 2002, p. 682, denuncia i notevoli problemi di completezza posti dalla disciplina convenzionale dei pagamenti elettronici; infatti, l'efficacia di quest'ultima è limitata esclusivamente ai soggetti direttamente interessati, ma non riguarda altri soggetti che non hanno partecipato al procedimento negoziale di regolamentazione dei reciproci interessi (anche se, malgrado essi siano terzi, potrebbero comunque essere interessati al trasferimento elettronico di ricchezza: *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*).

Inoltre, emergono complesse problematiche afferenti la garanzia dell'equità tra le parti: la disciplina convenzionale il più delle volte cristallizza la posizione socialmente più forte della parte che sotto un profilo giuridico oltre che economico ha maggiore potere contrattuale, avvantaggiando, dunque, l'intermediario finanziario e sfavorendo il con-

gnatamente nel nostro Paese la tutela dell'anonimato (e, quindi, della *privacy*) del cliente-consumatore è garantita dall'art. 4 del Codice di Autoregolamentazione per i servizi Internet, il quale, non ritenendo necessaria l'individuazione del soggetto che effettui un determinato pagamento o richieda uno specifico servizio su « rete », bensì qualificando come sufficiente l'astratta individuabilità di quest'ultimo⁹⁴, prevede che « tutti i soggetti di Internet devono essere identificabili », ma che ciascun soggetto, « una volta identificato, ha diritto a mantenere l'anonimato nell'utilizzo della Rete, al fine della tutela della propria sfera privata »⁹⁵.

Viceversa, per quanto concerne l'intermediario finanziario che interviene nell'operazione di pagamento mediante moneta elettronica, il soggetto che gli invia in forma telematica l'ordine elettronico di movimentazione della propria ricchezza deve essere necessariamente identificato.

6. QUADRO NORMATIVO ITALIANO.

La diffusione del fenomeno, relativamente recente, unitamente alla scelta « politica » di non ostacolare lo sviluppo del settore, limita l'esistenza di disposizioni specifiche applicabili ai mezzi di pagamento su Internet⁹⁶: il giurista ha deciso di avvicinarsi all'universo degli *e-payments* con meditata cautela, in modo da evitare che frettolose soluzioni siano successivamente smentite o, viceversa, rese obsolete dalla rapida e incessante evoluzione del mercato telematico⁹⁷.

traente debole, il consumatore, che, quindi, necessita di idonea tutela.

⁹⁴ F. BUFFA, *Internet e criminalità. Finanza telematica off shore*, Milano, 2001, p. 18, qualificando come irrazionale ogni atteggiamento di sospetto verso l'anonimato in « rete », ritiene necessario accertare non già l'identità del soggetto, bensì soltanto la sua legittimazione a disporre, mentre soltanto in seconda battuta, ed in via eccezionale (ad es., su disposizione dell'autorità giudiziaria o per altre ragioni), potrà essere individuata l'identità dell'operatore.

D'altronde, in riferimento alla sfera del creditore della prestazione, trova applicazione la c.d. « teoria del panettiere », in base alla quale al panettiere non importa sapere chi sia colui che acquista il suo pane, purché lo paghi: in altri termini, la fungibilità della prestazione e l'immediato adempimento consentono di superare l'esigenza del creditore di identificare il contraente.

⁹⁵ In tale ottica, l'art. 11 del Codice Anfov del 1 gennaio 1998 (ovvero il Codice di deontologia e di buona condotta per i servizi telematici), dispone che « i dati identificativi non possono essere comunicati a terzi o diffusi senza il consenso espresso dell'interessato, salvo:

a) diverso provvedimento dell'autorità

giudiziaria o della polizia giudiziaria, in conformità alla legge oppure

b) su richiesta di un soggetto che manifesta per iscritto, sotto la propria responsabilità, la necessità di acquisire la predetta identità al fine di far valere un diritto in sede giudiziaria nei confronti dell'abbonato o dell'utente interessato ».

Analoghi principi sono accolti dalla Raccomandazione del 3 dicembre 1997, n. 3, del Gruppo per la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (istituito dalla direttiva 1995/46/CE del 24 ottobre 1995), che riconosce, oltre all'esigenza di identificazione, la necessità di tutelare la riservatezza e la libertà di espressione come oggetto di diritti fondamentali.

⁹⁶ Così, G. FINOCCHIARO, *Il problema*, cit., p. 115.

Pertanto, la disciplina degli strumenti di pagamento elettronici finisce con l'essere rimessa agli operatori interessati dal flusso monetario — soprattutto agli intermediari finanziari; si pensi, ad es., alle Norme Bancarie Uniformi (N.U.B.), approvate dall'A.B.I., che disciplinano gran parte dei rapporti nei quali trovano applicazione procedure informatiche e telematiche nel sistema bancario —.

⁹⁷ G. ROGNETTA, *Il commercio elettronico*, Napoli, 2000, p. 119.

In quest'ottica, dinanzi ai problemi giuridici fin qui enunciati, il legislatore italiano è intervenuto con tempestività, tanto da porre il nostro Paese all'avanguardia nella disciplina del documento elettronico e dei contratti conclusi mediante supporti telematici, spesso anticipando la pur celere evoluzione dell'*Information Technology*⁹⁸. In particolare, l'art. 15, comma 2, della legge 15 marzo 1997, n. 59⁹⁹, l'art. 14 del d.P.R. 10 novembre 1997, n. 513, recante il « Regolamento contenente i criteri e le modalità di applicazione » del suddetto articolo 15 (abrogato, di già, dall'art. 77, comma 2, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 e sostituito con l'art. 12 dello stesso decreto), e l'art. 17, comma 87, della legge 15 maggio 1997, n. 127 (la c.d. « Bassanini due »)¹⁰⁰, riconoscono espressamente la valenza giuridica degli strumenti di pagamento elettronici.

Igitur, l'ultima norma ora citata prevede il ricorso da parte di regioni, enti locali e loro consorzi a modalità di riscossione dei tributi, sanzioni o prestazioni di natura pecuniaria in forma diretta, anche mediante, strumenti elettronici o informatici, nell'ottica di una più efficace gestione delle risorse.

Il pagamento mediante moneta elettronica, infatti, soddisfa anche le esigenze di finanza pubblica, garantendo la razionalizzazione della spesa, la semplificazione dei processi di acquisto, la riduzione dei tempi di approvvigionamento, il miglioramento del livello dei servizi.

Il d.P.R. 513/97¹⁰¹, così come il successivo d.P.R. 445/2000, ribadisce il principio, già contenuto nella legge 59/97, della validità e della rilevanza del documento informatico, così equiparandolo — sia sotto il profilo della validità dell'atto, sia sotto il profilo della sua efficacia probatoria — al documento cartaceo¹⁰².

⁹⁸ È di questo avviso F. LANFRANCHI, *Problemi giuridici*, cit., p. 126.

⁹⁹ « Gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge ».

Per l'esegesi dell'articolo testualmente citato, v. F. DELFINI, *Forma e trasmissione del documento informatico nel Regolamento ex art. 15.2 legge 59/1997*, in *I contratti*, n. 6, 1997, pp. 629 ss.

¹⁰⁰ Cfr. G. BUONOMO, *La legge 15 marzo 1997, n. 59*, in AA.VV., *Il documento informatico e la firma elettronica*, Roma, 2000, pp. 31-34.

¹⁰¹ In particolare, l'art. 11 del « Regolamento recante criteri e modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici, a norma dell'art. 15, comma 2, della l. 15/03/1997, n. 59 » stabiliva che i contratti stipulati con strumenti informatici o per via telematica, mediante l'uso della firma digitale, secondo le disposizioni contenute nello stesso d.P.R., sono

validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge. A detti contratti si applicano le disposizioni previste dal d.lgs. 15/01/1992, n. 50 in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

¹⁰² La bibliografia sul punto è ampia: F. RIZZO, *Valore giuridico ed efficacia probatoria del documento informatico*, in *Dir. Inf.*, 2000, pp. 271 ss.; F. GUARRACINO, *Forme dichiarative e documento elettronico privo della sottoscrizione ex d.p.r. 10 novembre 1997, n. 513*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2, 1999, pp. 292 ss.; A.A. MARTINO (a cura di), *Nuovo regime giuridico del documento informatico*, Milano, 1998, *passim*; A. GRAZIOSI, *Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 481 ss.; F. DE SANTIS, *La disciplina normativa del documento informatico*, in *Corr. giur.*, n. 4, 1998, pp. 383 ss.; A. GENTILI, *Documento informatico e tutela dell'affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, pp. 163 ss.; M.C. ANDRINI, *Dal tabellone al sigillo elettronico*, in *Vita not.*, 1998, pp. 1787 ss.; G. PETRELLI, *Documento informatico, contratto in forma elettronica e atto notarile*, in *Notariato*, n. 6, 1997, pp. 567 ss.

Tale decreto, all'art. 14¹⁰³, introduce il « pagamento informatico », il trasferimento elettronico dei pagamenti tra privati, Pubbliche Amministrazioni e tra queste e soggetti privati¹⁰⁴, basato, quanto alle tecniche di identificazione e di protezione dell'integrità del messaggio, sul sistema di firma digitale a chiavi asimmetriche gestito da un'autorità di certificazione¹⁰⁵; di conseguenza, il rapporto da bilaterale (proponente/accettante) diviene trilaterale (debitore, creditore e banca/certificatore), ed al pagamento deve conseguire una quietanza liberatoria¹⁰⁶.

Quest'ultimo documento, attestante l'adempimento, dovrebbe assumere il ruolo di mezzo estintivo dell'obbligazione, ancorché esso sia tuttora privo della regolamentazione tecnica necessaria a precisarne le forme; infatti, le modalità formulate dal regolamento emanato con il d.P.C.M. dell'8 febbraio 1999¹⁰⁷ non sono riferibili ai pagamenti informatici, nonostante l'esplicito rinvio all'art. 14 del d.P.R. 513/97¹⁰⁸. Ciò, probabilmente, è dovuto al fondato timore che una rigida selezione di determinati *standards* tecnici avrebbe potuto interferire nel libero sviluppo del mer-

¹⁰³ Questa norma decreta il valore giuridico non solo dei trasferimenti elettronici di fondi, ma anche dei pagamenti informatici diversi da quelli disciplinati espressamente dallo stesso d.P.R.

È di tale avviso F. BUFFA, *Moneta digitale*, cit., p. 146, secondo il quale, accanto all'obiettivo di potenziare e favorire lo sviluppo dei pagamenti informatici accompagnati dall'uso della firma digitale e conformi, pertanto, alle regole tecniche, il legislatore ha senz'altro inteso disciplinare gli *e-payments* non conformi alle regole tecniche di cui all'art. 3, ovvero quasi tutti quelli esistenti nell'attuale realtà economico-sociale.

Questi ultimi, rilevanti secondo i principi generali in materia di obbligazioni, non divengono irrilevanti per effetto dell'art. 14: lo spostamento di ricchezza realizzato con un pagamento telematico non può venire meno per il fatto che il mezzo utilizzato non sia conforme al complesso di disposizioni espresso nel d.P.R. 513/97.

Quanto innanzi trae conferma anche dall'osservazione che delle regole tecniche formulate nel d.P.C.M. emesso l'8 febbraio 1999 nessuna prevede e disciplina i pagamenti elettronici.

¹⁰⁴ A. CILLI, *Nuove forme di commercio: violazioni, accertamenti ed evoluzione normativa*, in W.G. SCOTT-M. MURTULA-M. STECCO (a cura di), *op. cit.*, p. 325.

¹⁰⁵ Il legislatore italiano con l'art. 1, lett. n), d.P.R. 445/2000 definisce la firma digitale come « il risultato della procedura informatica (validazione) basata su un sistema di chiavi asimmetriche a coppia, una pubblica e una privata, che consente al sottoscrittore tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubbli-

ca, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici ».

La certezza, così formata, conduce il legislatore ad assimilare « l'apposizione o l'associazione della firma digitale al documento informatico » alla « sottoscrizione prevista per gli atti e documenti in forma scritta su supporto cartaceo » (art. 23, comma 2), prevedendo la possibilità di un'autentica da parte di notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato (art. 24).

L'adozione della firma digitale risolve uno dei maggiori problemi connessi alle transazioni operate informaticamente, garantendone la sicurezza mediante l'individuazione certificata dell'identità di almeno una delle parti contraenti (cfr. P. SANDULLI (a cura di), *Le norme in materia di semplificazione amministrativa*, Roma, 1999, p. 392).

¹⁰⁶ Così, M. MICCOLI, *Documento e commercio telematico. Guida al regolamento italiano (D.P.R. 513/97)*, in *Lecture notarili*, collana diretta da G. LAURINI, Milano, 1998, p. 121.

¹⁰⁷ Il suddetto decreto emana le regole tecniche per la formazione, la trasmissione, la conservazione, la duplicazione, la riproduzione e la validazione dei documenti informatici, ai sensi dell'art. 3, comma 1, del citato d.P.R. n. 513/97.

¹⁰⁸ La volontà del legislatore italiano di parificare documento cartaceo e documento informatico è confermata dagli artt. 8-13 del d.P.R. 445/2000, per il cui commento si rinvia a V. TEDESCO, *Così il documento informatico assume la stessa valenza giuridica della carta*, pubblicato sul sito www.diritto.it.

cato elettronico, soprattutto nella gestione dei pagamenti da parte delle Pubbliche Amministrazioni, dettando prescrizioni normative lontane dalle tecniche digitali di pagamento affermatesi in Internet, incompatibili con la celere definizione telematica dei rapporti giuridici e commerciali¹⁰⁹.

L'esame della normativa italiana afferente la moneta elettronica, antecedente l'emanazione delle direttive 2000/28/CE e 2000/46/CE, si palesa insufficiente, in quanto discorrere in termini esclusivamente nazionali a proposito dei contratti di *e-commerce* può essere fuorviante. Infatti, come già più volte accennato, l'ambito operativo di un'operazione commerciale via Internet oltrepassa i confini statali ed ha carattere di pervasività e diffusione a livello globale¹¹⁰.

7. PROFILI COMPARATIVI.

Le motivazioni addotte in ordine alla limitata produzione normativa nazionale afferente la moneta elettronica hanno parimenti inciso sull'attività svolta dal legislatore straniero e, segnatamente, comunitario¹¹¹; anche le organizzazioni internazionali, infatti, sempre attente alle istanze provenienti dal mercato e impegnate nello sforzo di veicolare le novità tecnologiche, hanno emesso il più delle volte documenti programmatici, privi di immediato valore giuridico.

Ad esempio, negli Stati Uniti, da sempre all'avanguardia nel settore, non esiste una supervisione finanziaria rigida, ma una divisione di compiti tra le autorità pubbliche ed il settore in esame: se, da un lato, in alcuni Stati americani istituti non bancari sono soggetti alla vigilanza del Dipartimento bancario di Stato e devono ottenere apposite licenze al fine di poter emettere prodotti di moneta digitale, mentre i fondi depositati a garanzia devono tutelare il detentore e non possono essere sequestrati in caso di fallimento, dall'altro, a livello federale, i soggetti emittenti *e-money* diversi dalle banche sono soggetti alla supervisione della *Federal Trade Commission* (FTC)¹¹².

Inoltre, negli USA non esiste un'espressa disciplina in materia di moneta elettronica¹¹³: alle transazioni tra consumatori tramite la « rete » Internet ed ai pagamenti connessi è applicabile la disciplina dell'*Electronic Funds Transfer Act*¹¹⁴, mentre alle operazioni commerciali è applicabile la disciplina dell'*Uniform Commercial Code*¹¹⁵.

In ambito comunitario, la Commissione Europea nella già citata Comunicazione 97/157/CE, rubricata « Un'iniziativa europea in materia di com-

¹⁰⁹ Cfr. G. ROGNETTA, *op. cit.*, pp. 126-127.

¹¹⁰ Sul punto, C. ROSSELLO, *Profili giuridici*, cit., pp. 288-289.

¹¹¹ In questo senso, v. G. FINOCCHIARO, *Il problema*, cit., p. 118.

¹¹² Cfr. COMMISSIONE GIURIDICA E PER I DIRITTI DEI CITTADINI, *Motivazione nella Relazione COM (98) 0461-CA-0531/98-98/0252(COD) sulla Proposta di Direttiva 25 marzo 1999*, pp. 19-20.

L'informazione è stata fornita dall'*American Express*.

¹¹³ C. SARZANA DI S. IPPOLITO-F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *op. cit.*, p. 165.

¹¹⁴ Cfr. *Report to the Congress on the Application of the Electronic Fund Transfer Act to Electronic Stored-Value Products — Board of Governors of the Federal Reserve System*, marzo 1997.

¹¹⁵ Segnatamente, l'art. 4A, già citato, relativo ai trasferimenti elettronici di fondi di notevole ammontare effettuati dalle imprese.

mercio elettronico », riconosceva quanto fosse importante, per lo sviluppo del commercio elettronico, la realizzazione di « sistemi di pagamento elettronici validi, di agevole impiego, efficaci e sicuri »¹¹⁶.

Tuttavia i primi provvedimenti adottati a livello comunitario e inerenti specificamente la tematica degli *e-payments* sono la Comunicazione 97/353/CE, indirizzata ad « accrescere la fiducia dei consumatori negli strumenti di pagamento elettronici nel mercato unico », e, soprattutto, la Raccomandazione 97/489/CE, « relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronico, con particolare riferimento alle relazioni tra gli emittenti ed i titolari di tali strumenti »¹¹⁷, la quale detta le norme minime sugli obblighi e sulle responsabilità delle parti, aggiornando la Raccomandazione 88/590/CEE — che concerneva i sistemi di pagamento, con riguardo al « rapporto tra il proprietario della carta e l'emittente » della stessa —¹¹⁸.

Obiettivo della Commissione Europea è promuovere attraverso i provvedimenti appena elencati una puntuale disciplina normativa dei pagamenti elettronici da parte degli Stati membri¹¹⁹, al fine di perseguire i seguenti scopi:

¹¹⁶ Cfr. E. TOSI (a cura di), *Il Codice del diritto dell'informatica e di Internet*, Piacenza, 2000, p. 610.

¹¹⁷ Richiama tali provvedimenti A. STRACUZZI, *Il commercio elettronico e l'impresa*, Milano, 1999, p. 92.

In particolare, l'art. 1 concentra l'ambito di applicazione della suddetta Raccomandazione esclusivamente a quegli strumenti di pagamento elettronico che consentono al titolare di effettuare:

a) « trasferimento di fondi mediante strumenti di pagamento elettronici, ad eccezione dei trasferimenti conferiti su istruzione ed eseguiti da istituzioni finanziarie;

b) ritiro di denaro contante mediante strumenti di pagamento elettronici e caricamento o scaricamento di tali strumenti presso attrezzature come le casse automatiche e gli sportelli automatici, nonché presso l'emittente o presso un ente obbligato contrattualmente ad accettare detti strumenti di pagamento ».

Inoltre, la Raccomandazione distingue espressamente nell'art. 2:

1) lo strumento di pagamento mediante accesso a distanza, che « consente al titolare di accedere ai fondi detenuti sul proprio conto presso un ente, al fine di effettuare un pagamento a favore di un beneficiario, di norma attraverso l'impiego di un codice di identificazione personale o ogni altra analoga prova di identità. Tale definizione comprende in particolare le carte di pagamento (carte di credito, di debito, di debito differito e carte accreditive) e le applicazioni relative alla banca telefonica o a domicilio »;

2) lo strumento di moneta elettronica: « uno strumento di pagamento ricaricabile che non sia uno strumento di pagamento mediante accesso a distanza, sia esso una carta con valore immagazzinato o una memoria di elaboratore elettronico, sulla quale è caricato elettronicamente il valore, affinché il titolare possa effettuare le operazioni di cui all'articolo 1, paragrafo 1 ».

¹¹⁸ Così, G. FINOCCHIARO, *Il problema*, cit., p. 118.

¹¹⁹ Particolarmente interessante, nell'ambito dell'esperienza spagnola ed alla luce della Ley 11 luglio 2002, n. 34, attuativa della Direttiva 2000/31/CE « sul commercio elettronico » (anticipando cronologicamente il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70), è la classificazione dei pagamenti telematici proposta da X. ANOVEROS TRIAS DE BES, *El pago electrónico*, in V. RICCIUTO (a cura di), *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici. L'esperienza italiana e spagnola a confronto*, Milano, 2004, p. 58, che distingue:

a) *cajeros electrónicos*,
b) *cheques electrónicos*,
c) *tarjetas de crédito*,
d) *dinero electrónico*.

Quest'ultimo, conformemente a quanto disposto dall'art. 21 della « *recientísima Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero de 22 de noviembre de 2002, copiado literalmente de la Directiva 2000/46* », è definito « *el valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor*:

a) *Almacenado en un soporte electrónico*.
b) *Emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor mone-*

a) creare una normativa quadro sul c.d. « danaro elettronico »;
 b) assicurare la trasparenza del sistema dei pagamenti, anche in modo da consentire agevolmente l'individuazione di responsabilità ed i connessi risarcimenti;

c) prevenire le frodi con il rafforzamento dei sistemi di sicurezza¹²⁰.

Per completezza di argomentazione appare utile ricordare che già nel 1995 i Governatori delle banche centrali dei Paesi costituenti il Gruppo dei Dieci (G-10) decisero di commissionare al Comitato sui sistemi di pagamento e di regolamento uno studio su temi specifici inerenti la moneta elettronica, come l'impatto sulla politica monetaria, sulla tutela dei consumatori e sui sistemi di pagamento; il rapporto conclusivo, intitolato « Sicurezza della moneta elettronica », pubblicato nell'agosto 1996, come innanzi accennato, contiene una puntuale ricognizione dei rischi e delle misure di protezione¹²¹.

Più di recente, la politica normativa comunitaria in materia di *digital money* si è estrinsecata autorevolmente nella già citata Proposta di direttiva « riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica », presentata il 21 settembre 1998; l'allegata relazione di accompagnamento, redatta dalla Commissione giuridica e per i diritti dei cittadini¹²², sottolineava, ancora una volta, la prudenza del legislatore comunitario nel definire istituti e competenze in un campo in cui gli interessi e i rischi per i soggetti istituzionali sono molto forti, atteso che nel sistema dell'Unione Europea, connotato dal fatto che l'euro ha « circolato » fino al 1 gennaio 2002 « virtualmente », senza banconote e monete metalliche, l'espansione dei pagamenti elettronici si è prestata a un notevole sviluppo¹²³.

Sull'importante tema della sicurezza la Proposta qui in esame formulava interessanti indicazioni; in particolare, l'art. 2, paragrafo 2, disponeva che alla moneta elettronica non fossero applicate le disposizioni di cui all'art. 6 della direttiva 77/780/CEE, concernente la responsabilità del titolare del conto, ed ai paragrafi 2, 3 e 4 del successivo art. 8, sulla responsabilità dell'emittente della moneta stessa: in sintesi, la Proposta imputava al titolare, proprio alla stregua della moneta legale, i rischi di smarrimento e di duplicazione¹²⁴.

tario emitido y c) Aceptado como medio de pago por empresas distintas al emisor ».

¹²⁰ In questo senso, G. ROGNETTA, *op. cit.*, pp. 120-121.

¹²¹ C. SARZANA DI S. IPPOLITO-F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *op. cit.*, p. 165.

¹²² La COMMISSIONE GIURIDICA E PER I DIRITTI DEI CITTADINI, nella « motivazione » inserita all'interno della *Relazione relativa alla (COM (98) 0461-C4-0531/98-98/0252(COD)*, sul « fenomeno » della moneta elettronica, esamina l'uso della moneta elettronica nei seguenti Paesi:

a) un sistema unico in Belgio, Danimarca, Lussemburgo, Austria, Portogallo e Svezia;

b) diversi sistemi in Germania, Grecia,

Spagna, Italia, Paesi Bassi, Finlandia e Regno Unito.

Molti di tali sistemi di moneta elettronica sono stati sviluppati su scala nazionale (per esempio *proton* in Belgio, *geldkarte* in Germania, *mondex* nel Regno Unito), fino a quantificarne 30/40 in Europa, nonostante il volume relativamente scarso di transazioni effettuate.

¹²³ La relazione del gruppo di lavoro presieduto da Francio Lorentz, Ministro dell'economia e delle finanze, pubblicata a Parigi nell'ottobre 1998, prevede che 250 milioni di utenti nel mondo sono collegati ad Internet.

¹²⁴ P. VALENTE-F. ROCCATAGLIATA, *Aspetti Giuridici*, cit., p. 52.

È opportuno citare anche il ruolo della Banca Centrale Europea; un contributo fondamentale per l'elaborazione della disciplina comunitaria applicabile alla moneta elettronica si è compendiato nella stesura di due documenti: il *Report on electronic money*, pubblicato nell'agosto 1998, ed il « Parere » concernente la bozza di legge comunitaria sulla moneta elettronica testé citata.

Nel suddetto Parere la BCE, nel prendere atto che una regolamentazione tempestiva accrescerebbe la certezza del diritto e contribuirebbe allo sviluppo del commercio elettronico, avverte che « la definizione di moneta elettronica avanzata dalla Proposta di direttiva all'art. 1, paragrafo 3, lettera b), sia incentrata in misura forse eccessiva sulle caratteristiche tecniche della moneta elettronica e che possa risultare di difficile traduzione in termini giuridici »¹²⁵. Sarebbe, dunque, opportuno introdurre una diversa nozione, secondo la quale la moneta elettronica costituisce « un credito nei confronti del suo emittente, credito rimborsabile sia in valuta legale che in moneta scritturale, incorporato in un dispositivo elettronico ed accettato come mezzo di pagamento da imprese diverse dall'istituzione emittente ».

La BCE, nel conseguimento dei propri fini istituzionali volti ad assicurare l'efficacia della politica monetaria e l'integrità dei sistemi di pagamento, nonché a prevenire il rischio sistemico e a tutelare la stabilità dei mercati finanziari, ha individuato nel proprio Parere sette requisiti minimi che gli schemi di moneta elettronica devono soddisfare:

- 1) gli emittenti di moneta elettronica devono essere assoggettati a vigilanza prudenziale;
- 2) gli schemi di moneta elettronica devono avere una solida e trasparente base giuridica, al fine di evitare che l'inadempienza di un istituto di moneta elettronica intacchi la fiducia del pubblico nei confronti di questo nuovo mezzo di pagamento;
- 3) gli schemi di moneta elettronica devono avere adeguate misure di protezione sul piano tecnico, organizzativo e procedurale, per prevenire, contenere ed individuare minacce alla sicurezza degli schemi, in particolare per ciò che concerne il pericolo di contraffazioni;
- 4) la progettazione e l'attuazione di schemi di moneta elettronica devono rispondere alla necessità di protezione contro gli usi illeciti;
- 5) gli schemi di moneta elettronica devono fornire alla Banca Centrale qualunque informazione richiesta a fini di politica monetaria;
- 6) gli emittenti di moneta elettronica devono essere legalmente obbligati a rimborsarla al valore nominale;
- 7) deve esistere la possibilità per la BCE di imporre obblighi di riserva su tutti gli emittenti moneta elettronica.

¹²⁵ Sull'analisi delle iniziative legislative promosse a livello nazionale e comunitario al fine di offrire un'esaustiva disciplina del commercio elettronico si rinvia a AA.VV., *Il commercio elettronico: gli sviluppi normativi*, in *I contratti*, n. 1, 2000, pp. 101 ss.; L. MARINI, *Profili giuridici del commercio elettronico nel diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. comm. in-*

ternaz., n. 2, 2000, pp. 329 ss.; G. ARNÒ-D. LISTA, *Il commercio elettronico alla luce delle recenti iniziative comunitarie*, in *I contratti*, n. 11, 2000, pp. 1062 ss.; E.M. TRIPODI, « *Divagazioni* » giuridiche in tema di commercio elettronico, in *Corr. giur.*, n. 10, 2000, pp. 1385 ss.; C. VACCÀ, *Il commercio elettronico: gli sviluppi normativi*, in *I contratti*, 2000, pp. 101 ss.

Inoltre, detta Autorità monetaria europea ha fissato due obiettivi auspicabili, relativi al corretto funzionamento dei sistemi di pagamento:

a) l'interoperabilità dei sistemi di moneta elettronica e la necessità di una cooperazione tra gli organi di sorveglianza e le autorità di vigilanza prudenziale per la valutazione dell'integrità dei sistemi di moneta elettronica;

b) l'adozione di adeguati schemi di garanzia, assicurazione o ripartizione delle perdite¹²⁶.

8. LE DIRETTIVE COMUNITARIE INERENTI L'EMISSIONE DI *E-MONEY*.

La moneta elettronica, così come delineata, ha i connotati potenziali per diventare un elemento decisivo del sistema finanziario dell'area dell'euro; lo sviluppo di questo nuovo mezzo di pagamento nell'Unione Europea sarà determinato dalle forze del mercato e rifletterà la concorrenza tra la stessa *e-money* e gli altri strumenti di pagamento al dettaglio già esistenti, oltre che tra i diversi enti emittenti moneta elettronica¹²⁷.

L'emissione di moneta digitale pone, però, problemi di regolamentazione e di vigilanza cui l'autorità comunitaria non è rimasta insensibile¹²⁸:

— tutelare il ruolo della moneta come unità di conto delle transazioni economiche;

— favorire l'ampia diffusione della moneta elettronica;

— sorvegliarne gli effetti sui bilanci delle banche centrali e sulla capacità di queste di manovrare i tassi di interesse a breve termine;

— evitare ripercussioni negative sul contenuto informativo degli indicatori monetari attualmente utilizzati.

L'iter legislativo, iniziato il 15 ottobre 1998 con la pubblicazione della bozza della legge comunitaria in materia di moneta elettronica, ha trovato il suo naturale approdo nelle due direttive 2000/28/CE e 2000/46/CE, già più volte citate, emesse dal Parlamento Europeo e dal Consiglio il 18 settembre 2000 e collegate tra loro da un *fil rouge* volto alla realizzazione di un quadro giuridico « neutro » dal punto di vista tecnologico, che favorisca lo sviluppo di tutte le potenzialità positive della moneta elettronica, che non ostacoli l'innovazione tecnologica e garantisca l'integrità finanziaria, la stabilità e la solidità degli enti che emettono *e-money*¹²⁹.

¹²⁶ Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *Parere del 18 gennaio 1999, emesso su richiesta del Consiglio dell'Unione Europea in base all'art. 105(4) del Trattato che istituisce la Comunità europea e dell'art. 4(a) dello Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea, riguardante (1) una proposta della Commissione per una Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica e (2) una proposta della Commissione per una Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio di modifica della Direttiva 77/780/CEE sul coordinamento delle leggi,*

dei regolamenti e dei provvedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività degli enti creditizi, pubblicato in G.U.C.E., 6 luglio 1999, C 189/7.

¹²⁷ In merito, v. BCE, *Bollettino mensile*, Francoforte, novembre 2000, p. 61.

¹²⁸ E.A. TRIPODI-F. SANTORO-S. MISSI-NEO, *op. cit.*, p. 471.

¹²⁹ A tal fine, la direttiva 2000/46/CE vuol realizzare un'armonizzazione tale da permettere l'applicazione agli istituti di moneta elettronica dei due principi cardine del diritto comunitario bancario: il rilascio di un'autorizzazione unica per l'intera Comunità e la vigilanza prudenziale dello Stato membro di origine (*home country control*).

È fondamentale, per la fiducia nel sistema da parte sia degli operatori economici, sia dei consumatori, la promulgazione di un quadro regolamentare con garanzia di solvibilità, al fine, soprattutto, di evitare crisi sistemiche di cui il recente fallimento dell'emittente non bancario di moneta elettronica *DigiCash* rappresenta un esempio eloquente: in tale occasione la stampa europea ha predetto immediatamente a grandi titoli la fine della moneta elettronica¹³⁰, ma per fortuna è stata smentita dal suo sempre più crescente successo. Tuttavia, è innegabile che l'eventuale ripetersi di simili eventi potrebbe avere effetti disastrosi sull'opinione pubblica, provocando l'impressione di uno sviluppo anarchico della moneta digitale¹³¹.

Le Direttive, pertanto, trattano prioritariamente le questioni di ordine prudenziale, stabilendo i requisiti per gli enti emittenti a garanzia della loro stabilità ed affidabilità¹³²: poiché gli enti creditizi sono già autorizzati ad emettere e gestire mezzi di pagamento (tra cui, ovviamente, la moneta elettronica), il legislatore comunitario ha deciso di introdurre uno specifico sistema di vigilanza prudenziale per gli istituti di moneta elettronica (IMEL), distinto da quello applicato agli enti creditizi, pur se calibrato sul medesimo¹³³.

Questo speciale regime di vigilanza, nella sua peculiarità, è meno oneroso rispetto a quello applicato agli enti creditizi, in particolare per quanto riguarda i ridotti requisiti patrimoniali iniziali; si cerca, in tal modo, di conciliare l'esigenza di disciplinare, per quanto possibile uniformemente, l'attività di emissione dei soggetti abilitati — banche ed IMEL — con quella di non imporre una struttura di mercato della moneta elettronica eccessivamente rigida sotto il profilo dell'offerta, per non mortificare quelle realtà nazionali che, avendo già maturato esperienze più articolate, non intendano rinunciarvi¹³⁴.

Gli obiettivi di mantenere pari condizioni tra gli enti creditizi che emettono moneta elettronica e gli istituti di moneta elettronica, e, quindi, di garantire una concorrenza leale a vantaggio degli utenti, sono raggiunti compensando la minore onerosità del regime di vigilanza prudenziale applicabile agli istituti di moneta elettronica, con disposizioni più severe rispetto a quelle che si applicano agli enti creditizi¹³⁵, tra cui spiccano, in particolare, le restrizioni poste alle attività che gli istituti di moneta elettronica possono svolgere e, specificatamente, le limitazioni gravanti sui loro investimenti, allo scopo di assicurare che le passività relative alla massa di mo-

¹³⁰ Per tutti, v. DER STANDARD, 7-8 novembre 1998, p. 36.

¹³¹ Il pericolo è paventato dalla COMMISSIONE GIURIDICA E PER I DIRITTI DEI CITTADINI, nella *Motivazione nella Relazione COM (98) 0461-CA-0531/98-98/0252(COD) sulla Proposta di direttiva del 25 marzo 1999*, p. 19.

¹³² Cfr. E.A. TRIPODI-F. SANTORO-S. MISSINEO, *op. cit.*, p. 471.

¹³³ G. ROGNETTA, *op. cit.*, p. 123.

¹³⁴ Così V. TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, cit., p. 17.

¹³⁵ Si crea un regime di doppia vigilanza: *home country control* per l'emissio-

ne e *host country control* per la gestione. Ciò è coerente con la scelta di armonizzare solo la prima attività, ma impone agli « istituti di moneta elettronica » l'onere di utilizzare un intermediario abilitato per fruire del « passaporto europeo ». Secondo la *Relazione di accompagnamento alla Proposta di direttiva*, quest'ultimo consente di « fornire servizi di moneta elettronica transfrontalieri secondo un sistema di riconoscimento reciproco della vigilanza dello Stato membro d'origine nell'ambito di norme prudenziali armonizzate, come già avviene per gli enti creditizi ».

neta elettronica emessa siano sempre garantite da attività ad alta liquidità e a basso rischio.

La Commissione Europea, con le direttive inerenti l'emissione di moneta elettronica, ha inteso ripetere il tentativo di realizzare un mercato comune bancario, mediante l'introduzione del mutuo riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di controllo prudenziale: si conia il termine « passaporto europeo » per indicare un sistema basato su un'unica autorizzazione valida in tutta la comunità e sul principio del controllo da parte dello Stato membro d'origine¹³⁶. In tal modo, si pongono le premesse per realizzare l'armonico sviluppo di un mercato unico per l'emissione di moneta elettronica nell'Unione Europea, al riparo dalle distorsioni provocate dalla concorrenza tra enti emittenti moneta elettronica, anche in relazione all'applicazione dei requisiti di politica monetaria: l'obiettivo di stabilità macroeconomica e le disposizioni relative alla percentuale di solvibilità tendono, di fatto, a creare un clima di fiducia vantaggioso anche per i consumatori e i venditori¹³⁷.

8.1. LA DIRETTIVA 2000/46/CE: GLI IMEL.

La direttiva 2000/46/CE, adottata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio il 18 settembre 2000, disciplina « l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività dell'istituto di moneta elettronica » (gli IMEL)¹³⁸; in particolare l'art. 1, comma 3, lettera a), qualifica gli IMEL come « qualsiasi impresa, o altra persona giuridica, diversa dagli enti creditizi, che emetta mezzi di pagamento in forma di moneta elettronica ».

Le attività operative degli IMEL eccedenti la suddetta emissione si limitano « alla prestazione di servizi finanziari e non finanziari strettamente correlati », compresa « l'emissione e la gestione di altri mezzi di pagamento », ed « alla memorizzazione di dati su un dispositivo elettronico » — esclusivamente per conto di altre imprese o enti pubblici —, mentre viene del tutto interdetta « la concessione di qualsiasi forma di credito »¹³⁹ (cioè al fine di garantire che essi non siano esposti al rischio di credito)¹⁴⁰.

La moneta elettronica rappresenta un credito nei confronti dell'emittente ed il portatore¹⁴¹ deve sempre pagare l'intero valore dell'*e-money* ricevuta: dunque, l'emissione della moneta digitale non può avvenire per un importo superiore a quello pagato come contropartita e deve essere conforme alla normativa comunitaria pregressa — segnatamente, alle direttive

¹³⁶ Cfr. Considerando 4, direttiva 2000/46/CE, nonché Considerando 7, direttiva 2000/12/CE.

¹³⁷ Cfr. Considerando 9, direttiva 2000/46/CE.

¹³⁸ In G.U.C.E. del 27 ottobre 2000, L 275/39 ss.

¹³⁹ BCE, *Bollettino mensile*, Francoforte, novembre 2000, p. 60.

¹⁴⁰ Importante limite alle attività consentite agli IMEL è il divieto di detenere partecipazioni in altre imprese, a meno

che queste non svolgano funzioni accessorie concernenti l'emissione o la distribuzione della moneta elettronica (art. 1): tale norma rende superflua l'applicazione della disposizione relativa alle partecipazioni qualificate in imprese non finanziarie, esplicitamente esclusa.

¹⁴¹ Il termine « portatore » è stato preferito a quello di « utente » poiché quest'ultimo è stato ritenuto ambiguo (anche l'accettante è un « utente »).

sull'attività bancaria e creditizia 77/780/CEE (la c.d. *first banking directive*) e 89/646/CEE (la c.d. *second banking directive*) —.

Ai sensi dell'art. 2, sono applicabili agli IMEL, in mancanza di diversa espressa disposizione, soltanto la direttiva 2000/12/CE, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio, e la direttiva 91/308/CEE, in materia di antiriciclaggio: pertanto, il legislatore comunitario ha deciso di limitare il campo di applicazione delle direttive bancarie¹⁴².

Per quanto riguarda la ricezione di fondi in cambio di moneta elettronica, l'art. 2 e il Considerando 7 della direttiva 2000/46/CE chiariscono che essa non costituisce in sé ricezione di depositi o altri fondi rimborsabili se i fondi sono immediatamente cambiati in *e-money*, atteso che la stessa *e-cash* è considerata vero e proprio surrogato elettronico di monete metalliche e banconote.

Il Considerando 8, per contro, equipara le somme ricevute in cambio di moneta elettronica a depositi o altri fondi rimborsabili, se esse risultano in un saldo a credito in un conto presso l'ente di emissione; tale disposizione è sicuramente ispirata dall'esigenza di tutelare i clienti, cui è riconosciuto un diritto alla restituzione dei fondi non convertiti in moneta elettronica, e, al contempo, svantaggia gli IMEL rispetto alle banche, cui non è precluso convertire in moneta elettronica i depositi che, in quanto remunerati, rappresentano un'opzione più appetibile per gli utenti.

All'interno dell'articolato della Direttiva in esame c'è una sola disposizione dedicata espressamente al rapporto tra la moneta elettronica ed il suo « portatore »: l'art. 3, rubricato « rimborsabilità », riconosce, a tutela dei clienti detentori di moneta elettronica, il loro diritto, durante il periodo di validità, ad esigere dall'emittente il rimborso della stessa moneta al valore nominale in monete metalliche o banconote o mediante un versamento su conto corrente, senza altre spese che non siano quelle strettamente necessarie per l'esecuzione di tale operazione.

La rimborsabilità dei fondi ricevuti dagli IMEL in cambio dell'emissione di moneta elettronica ha il merito di preservare la funzione di unità di conto della moneta, mantenendo la stabilità dei prezzi ed evitando l'emissione incontrollata di moneta elettronica¹⁴³ e deve essere prevista nel contratto tra emittente e portatore; dunque, nessuna clausola che la escludesse è conforme alla normativa volta a tutelare il consumatore nel quadro dei contratti di adesione¹⁴⁴ ed in tale ottica il suddetto contratto deve contenere indicazioni chiare sulle condizioni del rimborso e può prevedere un

¹⁴² Cfr. art. 1, comma 5, direttiva 2000/46/CE, nonché BCE, *Bollettino mensile*, Francoforte, novembre 2000, p. 60.

¹⁴³ Così, E.A. TRIPOLI-F. SANTORO-S. MISSINEO, *op. cit.*, p. 475.

¹⁴⁴ Per l'esegesi della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, pubblicata in G.U.C.E. del 21 aprile 93, L 95, si rinvia a G. SCIANCALEPORE, *Clausole abusive e disciplina comunitaria*, in G. AUTORINO (a cura di), *Diritto comparato, comunitario e transnazionale. Lezioni per un master*, tomo II, collana *Quaderni del Dipartimento di Diritto dei*

rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei, diretti da P. STANZIONE, Salerno, 2000, pp. 198 ss.

L'Autore sottolinea che il rafforzarsi della tendenza tesa a garantire rapporti negoziali equi e ispirati ai valori positivi della solidarietà e della correttezza contrattuale, disciplinati, dunque, dalla clausola generale della trasparenza al fine di scongiurare la violazione del principio di uguaglianza sostanziale, sembra discendere direttamente dall'influenza legislativa ed ermeneutica dell'intervento del legislatore comunitario, in ambito strettamente civilistico.

limite minimo: tale soglia (non superiore a 10 euro), pur introducendo un'applicazione elastica, non inficia il principio¹⁴⁵.

Gli articoli seguenti ineriscono esclusivamente gli istituti emittenti moneta elettronica e sono volti a promuovere la fiducia in tali istituti e negli operatori economici loro concorrenti: i requisiti relativi al capitale e ai fondi propri (art. 4) e la limitazione degli investimenti (art. 5) assicurano una prudente operatività ed un attento controllo dei rischi finanziari e non finanziari; si prevede, infatti, che il capitale iniziale degli istituti emittenti moneta elettronica non debba essere inferiore a 1 milione di euro, stabilendosi limiti minimi di capitale su base continuativa, mentre i fondi propri degli IMEL devono essere « pari o superiori al 2% dell'importo corrente delle passività totali relative alla moneta elettronica in circolazione », o « della media di quelle dei sei mesi precedenti, se superiore » (per gli IMEL che abbiano iniziato l'attività da meno di sei mesi il riferimento va fatto alle passività correnti previste per i sei mesi successivi).

Gli IMEL dovranno investire, per un importo non inferiore alle proprie passività connesse all'*e-money* in circolazione, in attività con un coefficiente di ponderazione del rischio pari a « zero » e prontamente liquidabili, potendo gli Stati membri imporre adeguati limiti per la copertura dei rischi di mercato, a tutela delle ragioni del portatore/consumatore; qualora gli investimenti risultino inferiori alle passività correnti, le autorità competenti possono consentire, temporaneamente, investimenti di diversa natura, purché non superiori al minore importo tra passività e fondi propri.

L'art. 6 impone alle Autorità competenti di verificare almeno due volte l'anno la sussistenza dei requisiti prudenziali specifici, riguardo al capitale iniziale e ai fondi propri, nonché il rispetto dei limiti agli investimenti e ai rischi di mercato¹⁴⁶; sotto il profilo dell'amministrazione interna, devono essere garantite, da parte degli IMEL, procedure interne appropriate e prudenti di gestione, amministrazione e contabilizzazione, nonché meccanismi adeguati di controllo interno¹⁴⁷: in particolare, deve sussistere un attento e continuo controllo sui rischi operativi derivanti dall'attività di gestione tecnica degli schemi, ovvero dall'azione di *outsourcers* esterni cui venga affidata tale attività (art. 7)¹⁴⁸.

Il Considerando 15 della direttiva 2000/46/CE ritiene opportuno conferire alle autorità competenti la possibilità di concedere deroghe parziali o totali per i requisiti previsti agli IMEL la cui attività sia limitata all'interno di un solo Stato membro.

Le Autorità nazionali possono dispensare, ai sensi dell'art. 8, gli istituti di moneta elettronica dall'applicazione di alcune o di tutte le disposizioni della Direttiva in determinate ipotesi:

¹⁴⁵ BCE, *Bollettino mensile*, Francoforte, novembre 2000, p. 60.

¹⁴⁶ Gli IMEL hanno l'obbligo di comunicare i dati relativi all'osservanza di tali requisiti e le relative verifiche sono affidate dai vari legislatori nazionali alle autorità competenti o, addirittura, agli IMEL stessi.

¹⁴⁷ Questi ultimi devono essere commisurati ai rischi finanziari e non finanzia-

ri, anche di natura tecnica e procedurale, in particolare derivanti dall'affidamento a soggetti esterni di funzioni operative o accessorie, come auspicato dal Considerando 13.

¹⁴⁸ Cfr. R. MARTELLI, *Gli effetti della moneta elettronica*, sul sito www.internetlex.kataweb.it.

1) se l'emissione di moneta elettronica genera passività non superiori ad una determinata soglia (di norma 5 milioni di euro e mai più di 6 milioni di euro);

2) se la moneta elettronica emessa è accettata in pagamento solamente nell'ambito del gruppo cui l'IMEL appartiene (da controllate o controllanti dell'IMEL, o da altre controllate del controllante);

3) se la moneta elettronica emessa è accettata in pagamento solo da un numero limitato di imprese, chiaramente individuabili in base all'ubicazione in un'area circoscritta o allo stretto rapporto finanziario o commerciale con l'istituto emittente (ad esempio, un sistema comune di commercializzazione o distribuzione)¹⁴⁹.

La Direttiva riconosce che potrebbe verificarsi la necessità di una revisione delle deroghe attinenti, ad esempio, alle misure a protezione dei detentori di moneta elettronica, come l'introduzione di uno schema di garanzia: la relativa problematica è tuttora in evoluzione, giacché la stessa normativa in esame stabilisce che, entro 54 mesi dalla propria data di pubblicazione, la Commissione presenti al Parlamento Europeo e al Consiglio un rapporto su queste problematiche, con eventuali proposte di revisione.

Peraltro, il quadro legislativo vigente fornisce una tutela adeguata ed equilibrata alle tre aree da monitorare per lo sviluppo della moneta elettronica: la politica monetaria, la sorveglianza sui sistemi di pagamento e la vigilanza prudenziale sugli intermediari¹⁵⁰; perché tale iniziativa risulti efficace è, dunque, importante che le deroghe ai requisiti normativi siano concesse con modalità restrittive negli Stati membri.

Tuttavia, un IMEL che benefici della deroga non potrà avvalersi delle norme relative al c.d. «passaporto europeo»¹⁵¹; in tal senso, gli istituti di moneta elettronica che hanno già iniziato l'attività prima dell'emanazione della Direttiva, secondo le disposizioni vigenti nello Stato membro in cui hanno la sede principale, si presumono autorizzati, secondo il principio dei diritti acquisiti, essendo tenuti a fornire alle autorità competenti le informazioni atte a consentire la valutazione dell'effettivo possesso dei requisiti richiesti: ove tali requisiti non siano presenti, gli istituti non potranno beneficiare del riconoscimento reciproco, ai sensi della direttiva 2000/12/CE, recante il consolidamento della normativa in materia bancaria (art. 9).

Le disposizioni della Direttiva sono state recepite, ai sensi dell'art. 10, negli Stati membri entro l'aprile 2002 (art. 10); inoltre, è stata introdotta una clausola di riesame, in virtù della quale entro l'aprile 2005 la Commissione deve redigere una relazione sull'applicazione della direttiva, con particolare riguardo alle misure mirate a tutelare i portatori della moneta, all'eventuale esigenza di introdurre un sistema di garanzia, ai requisiti pa-

¹⁴⁹ Sul punto, v. F. DI FONZO, *La moneta elettronica: confronto tra la normativa comunitaria e la disciplina italiana*, Roma, 2001, p. 22.

¹⁵⁰ In riferimento a quest'ultimo profilo, il Considerando 6 sottolinea l'esigenza dell'introduzione di un sistema di vigilanza prudenziale separato per gli istituti di mo-

netta elettronica in quanto l'emissione di *e-cash*, per la sua particolare natura di surrogato elettronico della moneta, non può essere equiparata all'attività di raccolta di depositi, consentita solo agli enti creditizi.

¹⁵¹ Cfr. BCE, *Bollettino mensile*, Francoforte, novembre 2000, pag. 61.

trimoniali, alle deroghe e alla necessità di vietare il pagamento di interessi su fondi ricevuti in cambio di moneta elettronica¹⁵² (art. 11).

La direttiva 2000/46/CE, in definitiva, appare sicuramente idonea a definire alcune regole che rafforzino la fiducia sia degli operatori che dei consumatori nella moneta elettronica, pur senza voler regolamentare tutte le questioni relative alle relazioni contrattuali tra l'emittente e il portatore.

La Commissione giuridica e per i diritti dei cittadini, viepiù, nella già citata relazione di accompagnamento alla Proposta di direttiva, preso atto che la « proposta non tratta in via di principio della questione della tutela dei consumatori nel quadro dello sviluppo della moneta elettronica », auspicava che l'argomento, « secondo le indicazioni della Commissione europea, dovrebbe essere oggetto in seguito di un'apposita direttiva ».

8.2. LA DIRETTIVA 2000/28/CE.

L'esigenza di evitare distorsioni alla concorrenza tra emittenti di moneta elettronica, anche con riferimento all'applicazione di misure di politica monetaria, ha indotto il Parlamento Europeo ed il Consiglio dell'Unione Europea ad estendere agli istituti di moneta elettronica la definizione di enti creditizi¹⁵³ ed il relativo regime giuridico.

A tal fine, la direttiva 2000/28/CE del 18 settembre 2000¹⁵⁴ ha modificato la direttiva 2000/12/CE del 20 marzo 2000¹⁵⁵, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio, attribuendo, tra l'altro, alla Banca Centrale Europea il potere di imporre l'obbligo di riserva per tutti gli IMEL.

La BCE si è avvalsa di tale facoltà; infatti, il 24 maggio 2002 è entrato in vigore il nuovo regolamento, approvato dal Consiglio Direttivo della stessa il 18 aprile 2002, e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee del 24 aprile 2002, sull'applicazione di riserve obbligatorie minime, in forza del quale gli istituti emittenti moneta elettronica saranno assoggettati all'obbligo di riserva¹⁵⁶.

L'art. 1, paragrafo 1, punto 1, della direttiva 2000/28/CE modifica la definizione di ente creditizio; dalla sua esegesi, tuttavia, si trae la distinzione degli IMEL dalle imprese « la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per pro-

¹⁵² R. MARTELLI, *op. cit.*

¹⁵³ Cfr. Considerando 2 e 3, direttiva 2000/28/CE.

¹⁵⁴ In G.U.C.E. del 27 ottobre 2000, L 275/37 ss.

¹⁵⁵ In G.U.C.E. del 26 maggio 2000, L 126/1 ss.

¹⁵⁶ Tale provvedimento, nel modificare il precedente regolamento n. 2531/98, emesso in materia il 1 dicembre 1998, prevede l'esenzione automatica, in ragione di esigenze di efficienza amministrativa, per le istituzioni la cui autorizzazione sia stata oggetto di revoca o di rinuncia, o che siano sottoposte a procedura di liquidazione;

inoltre, la formula utilizzata nel calcolo della remunerazione sulla riserva obbligatoria è stata adeguata per tenere conto della possibilità che nello stesso giorno venga regolata più di un'operazione di rifinanziamento principale (ad esempio, in caso di *split tender*).

La considerazione che le somme ricevute dagli IMEL, se immediatamente scambiate in moneta elettronica, non costituiscono l'aggregato soggetto a riserva, rappresentato da depositi ed altri fondi rimborsabili, sembra avvalorare l'ambito di applicazione previsto dal legislatore comunitario con riguardo alla qualificazione degli IMEL.

prio conto»: trova, dunque, conferma quanto disposto dall'art. 2, paragrafo 3, della direttiva 2000/46/CE.

In effetti, l'inclusione degli istituti di moneta elettronica nella nozione di ente creditizio, così sistematicamente rilevante, non è funzionale per individuare le regole sull'attività e sulla vigilanza prudenziale applicabili sia nei confronti delle banche che degli istituti di moneta elettronica¹⁵⁷, ma rappresenta, in taluni casi, motivo di confusione.

In realtà, la *ratio* della suddetta modifica va colta nell'esigenza di consentire l'applicabilità agli IMEL di previsioni comunitarie ispirate al perseguimento di finalità di politica monetaria.

Altro aspetto qualificante della direttiva 2000/28/CE è rappresentato dal paragrafo 2 dell'art. 1, che, sancendo l'applicabilità dell'art. 3 della direttiva 2000/46/CE agli enti creditizi, stabilisce che il requisito della rimborsabilità, necessario per assicurare la fiducia del detentore, deve essere rispettato anche dagli enti creditizi tradizionali che emettono moneta elettronica.

Gli Stati membri si sono dovuti conformare alla direttiva 2000/28/CE entro il 27 aprile 2002 (art. 2).

9. IL RECEPIMENTO DA PARTE DELL'ORDINAMENTO ITALIANO: LE INTEGRAZIONI AL TESTO UNICO BANCARIO.

L'adeguamento della disciplina nazionale alle direttive appena analizzate è avvenuto mediante l'approvazione della legge 1 marzo 2002, n. 39 (la « legge comunitaria 2001 »)¹⁵⁸, che detta le linee guida di politica economica relative agli anni 2000-2006 e, soprattutto, in base a quanto disposto negli artt. 55 e 56¹⁵⁹, comporta rilevanti modifiche al T.U.B. — il d.lgs.

¹⁵⁷ D'altronde la disciplina di tale categoria di intermediario finanziario è compiutamente articolata nella direttiva 2000/46/CE, mediante due differenti modalità: la tecnica del rinvio, con cui si individuano le previsioni contenute nelle direttive comunitarie in materia bancaria che possono trovare applicazione nei confronti degli IMEL, ed il metodo della legiferazione, per mezzo del quale si detta un *corpus* di regole riferite esclusivamente a questi nuovi soggetti (cfr. V. TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, cit., p. 19 ss.).

¹⁵⁸ Il testo di tale legge è pubblicato in G.U. n. 72 del 26 marzo 2002, suppl. ord. n. 54.

¹⁵⁹ Quest'ultimo, rubricato « disposizioni in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite », dispone che « ai fini dell'attuazione delle direttive 2000/46/CE e 2000/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, entrambe del 18 settembre 2000, in materia di istituti di moneta elettronica:

a) all'articolo 13, comma 1, del decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15, come sostituito dall'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 1991, n. 197, è aggiunta, in fine, la seguente lettera: «*m-bis*) istituti di moneta elettronica»;

b) all'articolo 13, comma 3, del decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15, come sostituito dall'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 1991, n. 197, la parola: «*m*)» è sostituita dalla seguente: «*m-bis*)»;

c) all'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 1991, n. 197, dopo le parole: «gli enti creditizi», sono inserite le seguenti: «gli istituti di moneta elettronica» ».

del 1 settembre 1993, n. 385 e successive modifiche —, inserendovi il nuovo titolo *V-bis*, artt. 114-*bis*-114-*quinquies*, rubricato « Istituti di moneta elettronica »: ciò ha consentito di non modificare la disciplina delle banche.

In particolare, l'art. 55¹⁶⁰ prevede l'inserimento nel T.U.B. dell'art. 114-*bis*, afferente l'« emissione di moneta elettronica », il quale stabilisce che l'emissione di moneta elettronica sia da riservarsi sia alle banche che agli IMEL; questi ultimi possono svolgere tale attività esclusivamente mediante la trasformazione immediata in valore telematico dei fondi ricevuti.

Tuttavia, agli IMEL, nonostante sia riconosciuta loro la possibilità di impegnarsi in « altre attività connesse e strumentali, nonché prestare servizi di pagamento », risulta comunque inibita e preclusa la concessione di crediti in qualunque forma, sia pur nei limiti stabiliti dalla Banca d'Italia, la quale « iscrive in un apposito albo gli istituti emittenti moneta elettronica italiani e le succursali in Italia di quelli con sede legale in uno Stato comunitario o extracomunitario »¹⁶¹.

Dalla precedente previsione normativa discende, poi, il contenuto del comma 2 dell'art. 114-*ter*, in tema di « autorizzazione all'attività e operatività transfrontaliera », per il quale gli istituti di moneta elettronica italiana possono operare in uno Stato comunitario, anche senza stabilirvi succursali, e in uno Stato extracomunitario, pur senza succursali, ma soltanto se rispettano le procedure stabilite o ricevono espressa autorizzazione da parte della Banca d'Italia; ciò è del tutto conforme al principio di reciprocità sancito in ambito comunitario.

L'art. 114-*quater*, invece, tratta della « vigilanza », disponendo al comma 3 che « la Banca d'Italia può stabilire, a fini prudenziali, un limite massimo al valore nominale della moneta elettronica », nonché emanare « disposizioni volte a favorire lo sviluppo della moneta elettronica, ad assicurarne l'affidabilità ed a promuovere il regolare funzionamento del relativo circuito ».

Infine, l'art. 114-*quinquies*, attinente le « deroghe », prevede una serie di indici¹⁶² per i quali la Banca d'Italia può esentare gli IMEL dall'appli-

¹⁶⁰ Il comma 1 di tale norma dispone che « al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'art. 1, comma 2, sono aggiunte le seguenti lettere:

« *h-bis*) "istituti di moneta elettronica", le imprese, diverse dalle banche, che emettono moneta elettronica;

h-ter) "moneta elettronica": un valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia memorizzato su un dispositivo elettronico, emesso previa ricezioni di fondi di valore non inferiore al valore monetario emesso e accettato come mezzo di pagamento da soggetti diversi dall'emittente" ».

¹⁶¹ Inoltre, il comma 3 dell'art. 114-*bis* prevede che « il detentore di moneta elettronica ha diritto di richiedere all'emittente, secondo le modalità indicate nel contratto, il rimborso al valore nominale della moneta elettronica in moneta legale ovvero mediante versamento su un conto corrente, corrispondendo all'emittente le spese strettamente necessarie per l'effettuazione dell'operazione. Il contratto può prevedere un limite minimo di rimborso non superiore all'importo stabilito dalla Banca d'Italia in conformità alla disciplina comunitaria ».

¹⁶² Devono sussistere, ai sensi del comma 1 del suddetto articolo, le « seguenti condizioni:

a) l'importo complessivo della moneta elettronica emessa dall'istituto di moneta elettronica non è superiore all'ammontare massimo stabilito dalla Banca d'Italia in conformità alla disciplina comunitaria;

b) la moneta elettronica emessa dall'istituto di moneta elettronica è accettata in

cazione delle disposizioni contenute nel predetto titolo V-bis: in tal caso, gli IMEL esentati non beneficiano delle disposizioni per il mutuo riconoscimento.

L'assetto normativo, perciò, è stato incompleto fino a quando non è stata emessa la necessaria disciplina di attuazione da parte della Banca d'Italia¹⁶³, anche se le scelte di fondo, già operate dalla normativa primaria, hanno consentito di definire un quadro chiaro della disciplina dell'attività di sorveglianza/vigilanza¹⁶⁴.

Nelle more del completamento della normativa, l'emissione di moneta elettronica è stata comunque consentita soltanto alle banche, in forza della clausola generale dell'art. 10, comma 3, T.U.B., secondo la quale tali intermediari possono esercitare, oltre quella bancaria, «ogni altra attività, secondo la disciplina propria di ciascuna»; dunque, tale disposizione individua quale unica figura autorizzata ad emettere moneta elettronica l'ente creditizio.

L'emissione e la gestione di strumenti di pagamento rientra altresì nel novero delle attività delle banche ammesse al mutuo riconoscimento¹⁶⁵; in tale ottica, l'art. 11, comma 5, T.U.B., esclude la possibilità, per i soggetti diversi dalle banche¹⁶⁶, di effettuare «ogni forma di raccolta di fondi a vista collegata all'emissione o alla gestione di mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata». Altrettanto rilevante, all'interno dello stesso documento, è la previsione relativa all'inserimento nel citato d.lgs. 385/1993 dell'art. 131-bis, rubricato «abusiva emissione di moneta elettronica»¹⁶⁷.

L'efficacia dell'approccio da parte della Banca d'Italia è stata riconosciuta anche per via legislativa; infatti, nell'ambito della legge di recepimento delle direttive sulla moneta elettronica, le è stato affidato, quale autorità di sorveglianza sul sistema dei pagamenti, il controllo di quest'ultimo, con l'attribuzione della potestà di emanare disposizioni vincolanti, la cui violazione è sanzionata per via amministrativa, attraverso il ri-

pagamento esclusivamente da soggetti controllati dall'istituto, che svolgono funzioni operative o altre funzioni accessorie connesse con la moneta elettronica emessa o distribuita dall'istituto, da soggetti controllanti l'istituto emittente e da altri soggetti controllati dal medesimo controllante;

c) la moneta elettronica emessa dall'istituto di moneta elettronica è accettata in pagamento solo da un numero limitato di imprese, individuate in base alla loro ubicazione o al loro stretto rapporto finanziario o commerciale con l'istituto».

¹⁶³ Sul punto si rinvia a V. DESARIO, *E-banking. Nuovi scenari e nuove strategie per le banche italiane*, in *Intervento alla VI Convention annuale dell'ABI*, Sorrento, 2000, *passim*, e Id., *La Banca d'Italia e lo sviluppo dell'e-banking*, in *Intervento all'Assemblea annuale della CI-PA*, Frascati, 2000, *passim*.

¹⁶⁴ G. ALPA, *Relazione introduttiva al convegno su «La tutela del navigatore in Internet»*, Perugia, 2000, *passim*.

¹⁶⁵ Cfr. allegato n. 1 alla direttiva

2000/12/CE, n. 5 e art. 1, comma 2, lett. f), n. 5 del T.U.B.

¹⁶⁶ Equiparata alla posizione delle banche, a questi effetti, è la condizione delle Poste Italiane SPA, ai sensi di quanto previsto dall'art. 2, comma 5, del d.P.R. 14 marzo 2001, n. 144, «Regolamento recante norme sui servizi di bancoposta» (pubblicato in G.U. n. 94, del 23/04/2001, p. 32). In tale ottica, il comma 1, lett. c), dello stesso articolo include tra le attività di bancoposta svolte da Poste Italiane SPA i «servizi di pagamento, comprese, l'emissione, la gestione e la vendita di carte prepagate e di altri mezzi di pagamento, di cui all'art. 1, comma 2, lett. f), numeri 4) e 5), del testo unico bancario».

¹⁶⁷ E esso stabilisce che «chiunque emette moneta elettronica senza essere iscritto nell'albo previsto dall'art. 13 o in quello previsto dall'art. 114-bis, comma 2, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da 2.066 euro a 10.329 euro».

chiamo alle fattispecie sanzionatorie già contenute nel T.U.B. (Testo Unico Bancario)¹⁶⁸.

Tutto ciò premesso, in coerenza con le linee guida fissate dall'euro-sistema, la Banca d'Italia, con comunicazione n. 39423 del 12 febbraio 2001, relativa allo « Schema delle informazioni sui progetti/prodotti di moneta elettronica », ha affermato che l'emissione di moneta elettronica è preclusa agli intermediari finanziari regolamentati dal titolo V del T.U.B.

Ai sensi di tale comunicazione le iniziative che prevedono l'emissione o la gestione di mezzi di pagamento per transazioni sul circuito internet che non siano inquadrabili tra le carte di credito, di debito, ovvero tra le carte prepagate monouso o *fidelity*, devono prevedere necessariamente il coinvolgimento di una banca in qualità di emittente e, quindi, di un soggetto che effettua la provvista¹⁶⁹.

Successivamente, con la delibera del CICR del 4 marzo 2003, da un lato, e con le Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia concernenti la « trasparenza delle operazioni e dei servizi degli intermediari finanziari », e segnatamente degli Istituti di moneta elettronica, emesse il 25 luglio 2003, dall'altro, cessa l'ultrattività della disciplina sulla trasparenza bancaria che durava dal 1992 (anno di emanazione della legge n. 154, la quale per quasi un decennio è stata priva della regolamentazione attuativa ivi prevista).

In particolare, la prima disposizione appena richiamata stabilisce all'art. 2 i criteri e le condizioni per il rilascio, la revoca e la sospensione dell'autorizzazione all'assunzione di partecipazioni al capitale degli IMEL¹⁷⁰, mentre il comma 3 dell'art. 3 affronta le problematiche dell'adeguatezza patrimoniale e del contenimento dei rischi, rinviando alla successiva emanazione delle disposizioni di attuazione della Banca d'Italia per il contenimento dei rischi finanziari; infine, la delibera del CICR affida alla Banca Centrale l'onere di emanare le disposizioni applicative della disciplina in tema di IMEL, in armonia con la disciplina comunitaria (art. 7).

L'evoluzione degli strumenti di pagamento ha indotto le banche centrali, tra cui la Banca d'Italia, a promuovere forme strutturate di sorveglianza, al fine, da un lato, di favorire lo sviluppo stabile, ordinato ed efficiente di tale area del sistema finanziario, dall'altro, di assicurare il regolare funzionamento del sistema dei pagamenti; in tale prospettiva va interpretata la decisione contenuta nel Trattato di Maastricht di assegnare al Sistema Europeo delle Banche Centrali il relativo compito mediante l'implementazione delle linee guida definite dall'Eurosistema e l'esercizio di adeguati controlli sui sistemi di rilevanza nazionale.

¹⁶⁸ C. TRESOLDI, *Lo sviluppo delle carte di pagamento*, cit., p. 8.

¹⁶⁹ Nel caso di carte a spendibilità generalizzata, resta impregiudicata la possibilità per gli intermediari iscritti nell'elenco speciale ex art. 107, T.U.B., di offrire il servizio di gestione delle « carte prepagate », una volta realizzata la fase della provvista da parte della banca emittente.

L'assenza di una banca nella fase della raccolta, ovvero di un intermediario finanziario nella fase della gestione delle carte di credito/debito, prepagate a spendibilità ge-

neralizzata, configurano ipotesi di raccolta abusiva, ovvero di abusiva attività finanziaria, sanzionate penalmente ai sensi degli artt. 130 o 132 del T.U.B.

¹⁷⁰ Il comma 3, segnatamente, individua tra i motivi di revoca i ripetuti comportamenti volti a eludere la normativa, la violazione degli impegni assunti nei confronti della Banca d'Italia ai fini del rilascio dell'autorizzazione, la trasmissione di informazioni e dati non corrispondenti al vero.

In Italia, le suddette disposizioni del Trattato hanno trovato applicazione nell'art. 146 del Testo Unico Bancario che, attribuendo alla Banca d'Italia la facoltà di emanare provvedimenti idonei ad assicurare l'efficienza e l'affidabilità dei sistemi di pagamento, ha costituito l'architettura su cui si è basata la decisione da parte dell'Istituto Centrale di istituire nell'ultimo decennio, al fine di rendere maggiormente efficace ed effettivo l'esercizio della sorveglianza, un'apposita unità deputata a presidiare — in stretto raccordo con gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Eurosistema — il regolare funzionamento di tutte le componenti dei sistemi di pagamento nazionali.

Più recentemente, il 24 febbraio 2004 è stato emesso dalla stessa Banca d'Italia, in piena aderenza ai prevalenti *standards* internazionali consolidati in materia, nonché al parere reso dalla Banca Centrale Europea, un provvedimento attuativo dell'art. 146 T.U.B., il quale, conformemente alla *policy* di promuovere gli interessi sottesi alle finalità di trasparenza e di assicurare l'incisività dell'azione della Sorveglianza, formula chiari *standards* e principi cui gli operatori devono improntare la loro azione nel sistema dei pagamenti, sia semplificando le modalità di esercizio della funzione e assicurando la generale conoscibilità dei connessi strumenti, sia mutuando le analisi e l'esperienza concreta che ha caratterizzato i primi anni di lavoro della Sorveglianza della Banca d'Italia, sia rispettando i principi elaborati nelle sedi istituzionali e di cooperazione internazionale¹⁷¹.

Il provvedimento in esame¹⁷² equipara sostanzialmente, in relazione alla rilevanza dell'attività svolta, soggetti finanziari e non finanziari; pone una serie di obblighi specifici per i soggetti che offrono servizi di infrastruttura, riconoscendone la funzione cruciale nel favorire il corretto funzionamento dei sistemi di pagamento; individua quali manifestazioni dell'azione di sorveglianza il perseguimento dell'efficienza e dell'affidabilità complessiva dei sistemi e dei circuiti di pagamento, il raccordo tra i diversi soggetti coinvolti, ivi compresi gli utenti finali (il c.d. approccio *end to end*), alla luce dell'accresciuta complessità dei meccanismi che consentono il trasferimento monetario, la costante interazione con gli operatori, l'obiettivo di conseguire il migliore equilibrio possibile tra le esigenze di affidabilità e quelle di efficienza in relazione agli specifici interessi in gioco¹⁷³.

¹⁷¹ Tra questi vanno richiamati « Il ruolo dell'Eurosistema nella sorveglianza sui sistemi di pagamento » della BCE, i « Principi fondamentali per sistemi di rilevanza sistemica » e i « *Policy issues for central banks in retail payments* » della Banca dei Regolamenti Internazionali.

¹⁷² Il relativo testo si articola in tre principali aree di interesse:

- 1) i sistemi di pagamento;
- 2) le infrastrutture di pagamento;
- 3) i trasferimenti monetari effettuati tramite l'utilizzo di strumenti di pagamento.

Alla disciplina di tali aspetti si affiancano alcune disposizioni di carattere generale volte ad individuare sia le finalità della nor-

mativa, sia i poteri e le modalità di esercizio della Sorveglianza.

¹⁷³ In particolare, e con riferimento agli aspetti di principale rilievo, il provvedimento prevede:

- 1) un giudizio di « rilevanza » dei singoli sistemi di pagamento — basato sulle rispettive dimensioni e caratteristiche operative, sulla tipologia dei partecipanti e sulla forma del mercato di riferimento — funzionale a definire l'ambito applicativo delle disposizioni (art. 2);

- 2) la necessità che i gestori di sistemi di pagamento e di servizi di infrastruttura, nonché i soggetti che emettono e/o gestiscono strumenti di pagamento, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza e affidabi-

Da ultimo, la Banca d'Italia ha emanato il 26 marzo 2004 la circolare n. 253 concernente le « Istruzioni di vigilanza per gli Istituti di Moneta Elettronica (IMEL) », in cui l'Istituto centrale sottolinea, innanzitutto, che l'*e-money*, il cui utilizzo non può essere soggetto a termini di scadenza, deve essere qualificata come « valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente, memorizzato su un dispositivo elettronico, rilasciato previa ricezione di fondi e accettato in pagamento da soggetti diversi dall'emittente », che deve poter essere riconvertito in moneta legale senza oneri per il detentore, eccetto quelli strettamente necessari all'operazione.

Mediante tali « Istruzioni », la Banca d'Italia conferma che gli IMEL, in quanto intermediari diversi dalle banche, devono svolgere esclusivamente l'attività di emissione di moneta elettronica, gravandoli, altresì, dell'onere, al fine di conseguire il rilascio dell'autorizzazione, di possedere un capitale iniziale di almeno un milione di euro e un patrimonio sufficiente per fronteggiare le passività emesse, investito in attività abbastanza liquide e poco rischiose per far fronte ai propri impegni, nonché una struttura organizzativa adeguata all'attività che intendono svolgere, ma, al contempo, garantendo loro una disciplina semplificata che si articola, da un lato, in limiti massimi all'emissione della stessa *digital money* e, dall'altro, nella circoscrizione dell'ambito in cui essa è spendibile.

Inoltre, l'Istituto Centrale stabilisce i compiti degli organi amministrativi e di controllo, nonché dell'alta organizzazione, ed i requisiti minimi dei controlli interni.

Dunque, i tratti salienti del quadro normativo proposto nella disciplina di vigilanza degli IMEL possono essere così riassunti:

lità, tengano conto dell'intero ciclo di trasferimento monetario (artt. 3, 4 e 6);

3) obblighi di chiarezza delle regole di funzionamento dei sistemi, con particolare riguardo ai criteri di accesso e alle relative condizioni economiche (art. 3);

4) l'adeguatezza dei meccanismi di controllo e delle forme di contenimento dei rischi per i sistemi di pagamento (art. 3) e per i servizi di infrastruttura, i quali ultimi devono assicurare un livello di continuità operativa compatibile con il regolare funzionamento del sistema di pagamento interessato (art. 4, comma 1);

5) il riconoscimento che tra le infrastrutture ve ne sono alcune che, tenendo conto del numero o delle caratteristiche delle informazioni trattate, ovvero del ruolo svolto nel sistema di accentramento e smistamento di dati, possono essere considerate « qualificate » e, in quanto tali, devono osservare regole più stringenti di quelle dettate per le altre infrastrutture (art. 4, comma 2);

6) la necessità che i soggetti che emettono o gestiscono strumenti di pagamento adottino, con riferimento all'intero ciclo

di trasferimento monetario, modalità operative tali da consentire un trasferimento o un prelievo di moneta sicuro, in tempi certi e rapidi (art. 5);

7) l'obbligo dei soggetti che svolgono attività comprese nell'ambito di applicazione del provvedimento di fornire documenti, dati e informazioni richiesti dalla Banca d'Italia al fine di valutare la rilevanza delle attività e di adottare iniziative di pubblicità volte ad assicurare la generale conoscibilità di informazioni da essa ritenute rilevanti (art. 6, comma 1), nonché di sottoporre preventivamente alla Banca d'Italia eventuali codici di condotta o di autodisciplina relativi alla materia dei pagamenti (art. 6, comma 3);

8) l'esigenza che i soggetti che si apprestano a svolgere attività comprese nell'ambito di applicazione della disciplina forniscano un'informativa preventiva alla Banca d'Italia (art. 6, comma 2);

9) il potere della Banca d'Italia di emanare disposizioni di carattere generale o particolare per dare attuazione al provvedimento medesimo (art. 7).

a) « neutralità » rispetto alle soluzioni tecnologiche prescelte, da cui discende che gli strumenti di moneta elettronica possono avere caratteristiche plurime;

b) « affidabilità » conseguibile attraverso un regime di vigilanza prudenziale moderato dal carattere monoprodotto dell'attività degli IMEL, cui si ribadisce che è preclusa l'attività di concessione di credito in qualunque forma;

c) sicurezza del nuovo strumento, intesa quale disponibilità di sistemi operativi che assicurino *standards* elevati in ogni fase di vita del prodotto, idonei ad evitare fenomeni di uso improprio e falsificazioni nell'emissione, nell'utilizzo, nella conversione e nel rimborso della moneta elettronica.

In piena aderenza a questa trilogia essenziale ed ottemperando alla direttiva 2000/46/CE « sull'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale degli IMEL », prima, e alla delibera del CICR, poi, i profili essenziali dell'intervento da ultimo esaminato che si evidenziano all'esegesi del giusprivatista devono necessariamente riscontrare la funzione della moneta nei pagamenti, registrandone l'evoluzione dalla moneta legale, attraverso la diffusione successiva della moneta bancaria e scritturale, alla moneta digitale.

Le disposizioni generali delle suddette « Istruzioni » fissano le caratteristiche dell'IMEL e della moneta elettronica in ossequio a quanto dettato dall'art. 114-*bis* T.U.B., ribadendo quali obiettivi da perseguire, pertanto, lo sviluppo della moneta elettronica, l'introduzione di un quadro normativo neutro rispetto alle soluzioni tecnologiche prescelte per la sua realizzazione, la preservazione dell'affidabilità degli IMEL attraverso l'adozione di un regime di vigilanza prudenziale calibrato sulle specificità di tali intermediari ed ispirato al paradigma della sana e prudente gestione, che si traduce nel divieto di concedere crediti sotto qualsiasi forma¹⁷⁴ e nel collegato obbligo di circoscrivere la propria attività alla sola emissione dell'*e-money* attraverso la trasformazione immediata delle somme ricevute in moneta digitale, cui, tuttavia, possono connettersene altre strumentali (quale, ad esempio, la prestazione di taluni servizi di pagamento).

Ancora, tra le caratteristiche della moneta elettronica emerge il riconoscimento al detentore del diritto al rimborso della parte di *e-cash* non utilizzata: quest'ultimo deve essere effettuato al valore nominale in moneta legale, ovvero mediante versamento su un conto corrente bancario, senza applicazione di ulteriori oneri e spese, fatta eccezione per quelli strettamente necessari per l'effettuazione dell'operazione¹⁷⁵.

Quanto ai limiti di importo previsti dal III considerando della direttiva 2000/46/CE, essi trovano conferma nel provvedimento della Banca d'Italia che rifacendosi, in argomento, anche al contenuto delle disposizioni in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite (L. 5 luglio 1991, n. 197), e da essa stessa nell'art. 146 T.U.B., è teso alla promozione dello sviluppo dell'*e-money*, ad assicurarne l'affidabilità e a promuovere il regolare funzionamento

¹⁷⁴ La ricezione di fondi connessa all'emissione di *digital cash* non integra la fattispecie della raccolta del risparmio tra il pubblico; dunque, le somme ricevute dall'IMEL a fronte della moneta elettronica emessa non costituiscono depositi della

clientela e, conseguentemente, non sono fruttifere di interessi, né richiedono coperture di garanzia previste per i depositi.

¹⁷⁵ Tuttavia, l'IMEL può prevedere che siano esclusi rimborsi per importi inferiori a 5 euro.

del relativo circuito¹⁷⁶; quindi, atteso che la moneta elettronica, se qualificata come surrogato della moneta legale, è generalmente destinata ad effettuare pagamenti di importo limitato, l'utilizzo eventuale di strumenti anonimi è consentito per un importo non superiore a 500 euro, mentre, viceversa, per gli strumenti nominativi il valore massimo è determinato in autonomia dall'IMEL.

I destinatari della suddetta disciplina di attuazione sono le persone fisiche o giuridiche che intendono costituire un IMEL in Italia (cap. II, sez. I, art. 1, comma 1), ovvero le società già esistenti, diverse da quelle bancarie, che intendono esercitare l'attività di emissione di moneta elettronica in Italia modificando l'oggetto sociale (comma 2).

Nell'esame della domanda di autorizzazione¹⁷⁷, la Banca d'Italia verifica i seguenti presupposti oggettivi (art. 3, comma 2):

- 1) adozione della forma di società per azioni;
- 2) sede legale e direzione generale dell'IMEL nel territorio della Repubblica Italiana;
- 3) esistenza di un capitale iniziale interamente versato di ammontare non inferiore a 1 milione di euro (sez. II, comma 1);
- 4) presentazione di un « programma di attività e relazione sulla struttura organizzativa » iniziale¹⁷⁸, unitamente all'atto costitutivo¹⁷⁹ e allo statuto;
- 5) possesso da parte dei partecipanti rilevanti al capitale dell'IMEL dei requisiti di onorabilità stabiliti nel decreto del Ministro dell'Economia del 18 marzo 1998, n. 144;
- 6) possesso da parte dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nell'IMEL dei requisiti di professionalità e di onorabilità stabiliti nell'art. 26 T.U.B., del decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 18 marzo 1998, n. 161¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Funzionali al conseguimento di tali fini sono la specificazione della struttura organizzativa e tecnica, nonché il sistema dei controlli interni ispirati ad un apposito schema definito e proposto dall'Organo di vigilanza.

¹⁷⁷ Il rilascio dell'autorizzazione è condizione essenziale per l'iscrizione dell'IMEL nel registro delle imprese e deve essere comunque adottato entro dodici mesi dalla data di ricezione della domanda di autorizzazione, in conformità di quanto previsto dall'art. 10 della direttiva 2000/12/CE. Acquisita l'attestazione di iscrizione della società nel registro delle imprese, la Banca d'Italia iscrive l'IMEL all'albo di cui all'art. 114-bis, comma 2, T.U.B.; successivamente l'IMEL comunica alla Banca d'Italia l'avvio della propria operatività.

¹⁷⁸ In particolare, esso deve contenere la descrizione dell'attività di emissione di moneta elettronica e di gestione del relativo circuito, il cui contenuto deve essere coerente con le disposizioni emanate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 146

T.U.B.; quest'ultima può richiedere modifiche del programma qualora le linee di sviluppo in esso previste contrastino con la sana e prudente gestione.

Verificata la sussistenza delle condizioni atte a garantire la sana e prudente gestione dell'IMEL, la Banca d'Italia rilascia l'autorizzazione entro 90 giorni dalla data di ricevimento della domanda, corredata della richiesta di documentazione; nei casi, invece, in cui l'Organo di vigilanza richieda, ai fini dell'esame dell'istanza, ulteriori informazioni, il termine di autorizzazione è sospeso.

¹⁷⁹ Nell'atto costitutivo, nel quale deve essere indicata l'ubicazione della direzione generale dell'IMEL, ove distinta dalla sede legale, i soci nominano i membri degli organi con funzioni amministrative e di controllo dell'IMEL ai quali, al fine di semplificare l'iter procedurale, potrà essere conferita la delega per apportare le modifiche all'atto stesso eventualmente richieste dalla Banca d'Italia per il rilascio dell'autorizzazione.

¹⁸⁰ Entro 30 giorni dalla nomina, l'or-

La Banca d'Italia può pronunciare la decadenza, ove ne ricorrano i presupposti, entro 30 giorni dal ricevimento del verbale della riunione dell'organo amministrativo, di quei soggetti per i quali non ritiene ricorrano i presupposti richiesti; di seguito, pertanto, vanno attivate le procedure per il reintegro dell'organo incompleto.

Ai sensi dell'art. 114-*bis* T.U.B., gli IMEL possono esercitare esclusivamente l'attività di emissione di moneta elettronica mediante trasformazione immediata dei fondi ricevuti, nonché — nei limiti stabiliti dalla Banca d'Italia — attività connesse e strumentali e servizi di pagamento; ciò trova conferma in quanto espressamente stabilito nell'art. 1 del capitolo V delle « Istruzioni ». La disposizione immediatamente successiva, inoltre, ribadisce che tali Istituti possono esercitare attività connesse che consentano di promuovere e sviluppare quella esercitata in via principale¹⁸¹.

Nei successivi capitoli VI e VII, dedicati ai parametri individuati come essenziali per garantire la solvibilità degli IMEL, è coniata la nozione di « patrimonio di vigilanza »¹⁸², costituito da due componenti, il patrimonio di base ed il patrimonio supplementare, i cui elementi possono essere, ovviamente, sia positivi¹⁸³ che negativi.

gano amministrativo dell'IMEL verifica il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo e la relativa prova deve ispirarsi al provvedimento della Banca d'Italia del 29 agosto 2002.

¹⁸¹ Tali attività devono avere carattere ausiliario rispetto allo svolgimento dell'attività principale (art. 2, cap. V).

A titolo esemplificativo, rientrano tra dette attività strumentali la memorizzazione di dati su dispositivi elettronici per conto terzi, la gestione di sistemi informativi, di elaborazione dati, di sicurezza, di telecomunicazione, la distribuzione di moneta elettronica e di altri strumenti di pagamento emessi da terzi.

Con particolare riferimento a quest'ultima attività, gli IMEL possono svolgere le seguenti funzioni: gestione delle procedure di emissione e di revoca degli strumenti di pagamento, convenzionamento degli esercenti, manutenzione degli archivi, manutenzione dei software e delle apparecchiature necessarie per l'utilizzo dello strumento di pagamento (art. 3, cap. V).

¹⁸² Il patrimonio di vigilanza viene calcolato semestralmente, con criteri analoghi a quelli del bilancio e con riferimento ai mesi di giugno e di dicembre; l'aggregato segnalato dovrà tener conto, nell'intervallo di tempo tra le due rilevazioni, ai fini del rispetto delle norme prudenziali sull'adeguatezza patrimoniale, di eventuali variazioni determinate da eventi eccezionali, nonché delle variazioni dipendenti da mo-

dificazioni del capitale sociale, perdite di rilevante entità, processi di ristrutturazione aziendale (fusioni, incorporazioni, conferimenti, scissioni, ecc.), acquisti e vendite di azioni di propria emissione, emissioni e ammortamenti di strumenti ibridi di patrimonializzazione e di passività subordinate, mentre l'ammontare degli utili annuali e semestrali che entra nel calcolo del patrimonio di vigilanza è preventivamente verificato anche dall'organo di controllo e dai revisori esterni, qualora il bilancio dell'ente sia soggetto a certificazione.

In tal senso, l'art. 1 del cap. VII, sez. I, delle « Istruzioni » prescrive tassativamente che « l'ammontare del patrimonio di vigilanza deve essere in qualsiasi momento almeno pari al 2% del maggiore tra:

1) l'importo corrente delle passività totali a fronte della moneta elettronica in circolazione;

2) la media degli importi, rilevati giornalmente, delle passività totali a fronte della moneta elettronica in circolazione nei 6 mesi precedenti ».

In ogni caso, l'importo del patrimonio di vigilanza non deve mai essere inferiore al livello del capitale iniziale richiesto per la costituzione dell'IMEL (art. 1, cap. V, ultimo comma).

¹⁸³ Essi devono poter essere utilizzati senza restrizioni o indugi per la copertura dei rischi e delle perdite aziendali nel momento in cui tali rischi o perdite si manifestano.

Le attività detenibili dagli Istituti emittenti moneta elettronica a fronte dell'*e-cash* posta in circolazione devono consentire la pronta liquidabilità ed essere formate perciò da:

- 1) cassa e valori assimilati;
- 2) crediti nei confronti di governi centrali e di banche centrali di Paesi che non abbiano ristrutturato il proprio debito estero negli ultimi cinque anni¹⁸⁴;
- 3) depositi a vista presso le banche appartenenti a tali Paesi;
- 4) attività che rappresentano crediti nei confronti dell'Unione Europea o recanti l'esplicita garanzia della stessa¹⁸⁵.

La sezione III del capitolo VII è dedicata essenzialmente all'assunzione dei rischi, ponendosi come obiettivo il contenimento dei rischi di mercato in cui può incorrere l'IMEL; perciò, al fine di coprire il rischio di posizione esso può stipulare contratti derivati che siano standardizzati, sufficientemente liquidi e negoziati su mercati regolamentati che prevedono il versamento di margini giornalieri¹⁸⁶.

Il tetto massimo dell'ammontare complessivo dei grandi rischi deve essere contenuto entro il limite di otto volte il patrimonio di vigilanza, mentre ciascuna posizione di rischio verso le singole controparti (c.d. limite individuale) non deve superare il 25% di tale patrimonio; tuttavia, se un IMEL appartiene a gruppi bancari iscritti nell'albo di cui all'art. 64 T.U.B., esso può essere esentato dal rispetto del limite globale, purché il limite individuale sia pari al 40% del patrimonio di vigilanza.

Altro profilo essenziale compendiato nelle « Istruzioni » è quello afferente l'organizzazione amministrativa e contabile ed i controlli interni: atteso che il T.U.B. affida alla Banca d'Italia il compito di dettare le disposizioni utili a disciplinare gli IMEL, il capitolo VIII, conformemente a quanto disposto nella delibera del CICR innanzi citata, enuncia norme di carattere generale che individuano i requisiti minimi i quali, pertanto, non esauriscono gli interventi adottabili dai competenti organi aziendali dell'IMEL e che sono dimensionati in ragione della complessità e della specificità degli stessi.

La sezione I del suddetto capitolo evidenzia in premessa che una gestione aziendale sana e prudente¹⁸⁷ dipende anche dall'assetto organizzativo ade-

¹⁸⁴ Tra gli Stati appartenenti alla c.d. « zona A » rientrano Arabia Saudita, Australia, Austria, Belgio, Repubblica Ceca (Boemia), Canada, Corea del Sud, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Giappone, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Messico, Norvegia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Slovacca, Spagna, Stati Uniti, Svezia, Svizzera, Turchia, Ungheria.

¹⁸⁵ Il valore delle attività detenibili dagli IMEL deve essere in ogni momento pari a quello delle passività totali a fronte della moneta elettronica in circolazione; qualora il valore degli investimenti sia inferiore a quello della *digital money* in circolazione, l'IMEL deve darne immediata comunicazione alla Banca d'Italia, indicando

le misure che intende adottare per ripristinare la necessaria situazione di equilibrio.

¹⁸⁶ Se questi contratti sono negoziati al di fuori dei mercati regolamentati (i c.d. contratti derivati *over the counter* — *OTC* —) è necessario che la controparte sia di elevato *standing*, ovvero di un Paese della « zona A », e che sia sottoposta alla vigilanza di un'autorità pubblica; inoltre, è vincolante che la durata originaria dei contratti non sia superiore a 14 giorni.

¹⁸⁷ In tema di ripartizione delle competenze tra gli organi aziendali, il loro operato deve essere sempre documentato, al fine di consentire un controllo sugli atti gestionali e sulle decisioni assunte e di assicurare una costante dialettica tra gli stessi organi.

guato alla dimensione e alla vocazione operativa dell'IMEL; in tal senso, essa deve rispondere a criteri di coerenza con le linee strategiche gestionali indicate dall'organo amministrativo¹⁸⁸, il cui ruolo è fondamentale per il conseguimento di un efficiente sistema dei controlli interni¹⁸⁹.

Funzionale al rafforzamento del complessivo sistema di supervisione sulla categoria di intermediario in esame è l'interazione tra l'attività di controllo e l'attività di vigilanza, per il cui soddisfacimento la Banca d'Italia può richiedere informazioni sui controlli svolti e sul funzionamento dei relativi sistemi predisposti a livello aziendale¹⁹⁰: nella predisposizione dei presidi organizzativi volti a prevenire il coinvolgimento anche inconsapevole in operazioni di riciclaggio, l'IMEL si attiene alle « Istruzioni operative per l'individuazione di operazioni sospette », emanate dal suddetto Istituto Centrale.

Particolare rilevanza è dedicata nelle « Istruzioni » in esame alla distribuzione di moneta elettronica, in quanto la selezione dei soggetti cui essa viene affidata se, da un lato, consente di allargare la capillarità ed incrementare la tempestività dell'offerta, dall'altro, comporta una serie di rischi aggiuntivi: l'incarico contrattuale scritto deve definire l'oggetto e i limiti, nonché individuare le linee guida dell'attività.

¹⁸⁸ In particolare, l'organo di controllo, nel rispetto delle attribuzioni degli altri organi e collaborando con essi,

a) contribuisce ad assicurare la regolarità e la legittimità della gestione, nonché a preservare l'autonomia dell'impresa;

b) si sofferma sulle eventuali anomalie che siano sintomatiche di disfunzioni degli altri organi;

c) valuta il grado di adeguatezza e il regolare funzionamento delle principali aree organizzative, l'efficienza del sistema dei controlli interni ed in particolare del controllo dei rischi e del funzionamento dell'*auditing* del sistema informativo contabile.

Per lo svolgimento delle proprie attribuzioni il suddetto organo mantiene il coordinamento con le funzioni di controllo interno e, ove esistente, con la società di revisione, al fine di incrementare il grado di conoscenza sull'andamento della gestione aziendale.

¹⁸⁹ La peculiarità del sistema dei controlli interni ha indotto l'Autorità legislativa delle norme di attuazione sul funzionamento degli IMEL a dedicare un'intera sezione del capitolo VIII, la seconda, alla materia che deve assicurare la copertura da tutte le tipologie di rischio (di mercato, di liquidità, di cattivo funzionamento dei sistemi informativi, legali, di frode e infedeltà dei dipendenti, di reputazione, ecc.).

Detto sistema è costituito dall'insieme di regole, procedure e strutture organizzative che mirano ad assicurare, da un lato, il rispetto delle strategie aziendali e, dall'altro,

il conseguimento dell'efficacia e dell'efficienza dei processi aziendali, della salvaguardia dei valori di attività e della protezione dalle perdite, dell'affidabilità e dell'integrità delle informazioni contabili e gestionali, della conformità con la legge, la normativa di vigilanza e le disposizioni interne dell'IMEL.

¹⁹⁰ Tra le molteplici tipologie di controllo meritano di essere evidenziati:

a) i « controlli di linea », diretti ad assicurare il corretto svolgimento delle operazioni connesse con l'emissione di moneta elettronica;

b) i « controlli di secondo livello », mirati a verificare i rischi finanziari e non cui è esposto l'IMEL nello svolgimento della propria attività;

c) l'*internal audit*, ovvero la revisione interna in relazione alla natura e all'intensità dei rischi e delle complessive esigenze aziendali.

Segnatamente, l'Istituto emittente *e-money* può delegare a soggetti terzi lo svolgimento delle funzioni di *internal audit*; tale delega non esime gli organi aziendali dalle responsabilità loro assegnate da leggi, regolamenti, disposizioni dell'Autorità di vigilanza; in tal senso, l'incarico di *outsourcing* deve risultare formalizzato in un contratto scritto.

Della esternalizzazione dei controlli è obbligatorio darne comunicazione alla Banca d'Italia almeno 60 giorni prima del perfezionamento del contratto, illustrando, tra l'altro, le motivazioni che determinano la scelta.

In tale ottica, l'IMEL incaricato deve avvalersi di soggetti *professional*, agenti in attività finanziarie, promotori finanziari, banche, altri IMEL, SIM, intermediari finanziari, imprese ed enti di assicurazione ed inoltre deve essere definito un flusso informativo tale da garantire all'intermediario la possibilità di monitorare costantemente l'attività del soggetto di cui si avvale ed i rischi connessi con l'attività delegata.

Va, altresì, sottolineato il richiamo alla necessità che sia determinato con precisione il momento di emissione della moneta elettronica a cura del distributore, al fine di ridurre al minimo il rischio connesso con comportamenti irregolari del soggetto che procede alla distribuzione della moneta stessa.

Il capitolo IX delle « Istruzioni » in esame, rubricato « operatività transfrontaliera », è dedicato agli IMEL che intendano insediare una succursale in un Paese appartenente all'UE: essi devono preliminarmente inoltrare una comunicazione alla Banca d'Italia contenente:

- 1) l'indicazione del Paese UE ove intendono insediarsi;
- 2) il programma di attività concernente le operazioni che intendono svolgere, anche con riferimento alle altre attività diverse dall'emissione di moneta elettronica¹⁹¹.

Dunque, un IMEL italiano può emettere moneta elettronica in Paesi appartenenti all'UE in regime di libera prestazione di servizi; a tal fine va necessariamente inviata almeno 30 giorni prima dell'inizio dell'attività una comunicazione alla Banca Centrale, la quale può vietare lo stabilimento di una succursale in un Paese comunitario per motivi attinenti all'adeguatezza delle strutture organizzative o della situazione finanziaria, economica e patrimoniale dell'IMEL, anche alla luce delle maggiori difficoltà che quest'ultimo può incontrare nel garantire l'efficacia dei controlli interni su una succursale all'estero.

Viceversa, se la documentazione presentata risulta completa ed esauritiva, la Banca d'Italia notifica le informazioni acquisite all'Autorità competente del Paese ospitante entro 90 giorni e ne dà informativa all'IMEL interessato, il quale può rendere operativa la propria filiale solo dopo aver ricevuto apposita comunicazione dall'Autorità del Paese ospitante, ovvero, in ogni caso, trascorsi 60 giorni dalla trasmissione della notifica dalla Banca d'Italia alla suddetta Autorità estera.

Quanto all'operatività di IMEL italiani in Paesi extracomunitari, la stessa è subordinata alla preventiva autorizzazione della Banca d'Italia che è tenuta a provvedervi entro il termine di 90 giorni dalla ricezione della comunicazione¹⁹²; il rilascio della relativa autorizzazione è subordinato alle seguenti condizioni:

- a) esistenza, nel Paese di insediamento, di una legislazione e di un sistema di vigilanza adeguati;
- b) esistenza di apposite intese di collaborazione tra la Banca d'Italia e le competenti Autorità dello Stato estero idonee ad agevolare l'accesso alle in-

¹⁹¹ Rileva, a tal fine, anche la struttura organizzativa che assumerà la succursale che si intende insediare, il recapito della filiale e i nominativi dei dirigenti responsabili.

¹⁹² In alternativa, l'Istituto di Sorve-

glianza può chiedere informazioni aggiuntive, sospendendo i termini di decorrenza per l'autorizzazione, ovvero, altresì, può richiedere un parere sull'iniziativa da parte dell'Autorità competente del paese estero.

formazioni da parte della Banca d'Italia anche attraverso l'espletamento di controlli « in loco »;

c) possibilità di agevole accesso, da parte della casa madre, alle informazioni della succursale.

Al pari dell'inizio dell'operatività, ogni modifica che l'IMEL intende apportare all'operatività della propria succursale per quanto attiene all'attività esercitata, alla struttura organizzativa, ai dirigenti responsabili, al recapito, deve essere comunicata alla Banca d'Italia e all'Autorità adita del Paese ospitante¹⁹³.

Per reciprocità, la sezione successiva del capitolo IX disciplina l'attività degli IMEL comunitari in Italia, il cui inizio è subordinato al ricevimento da parte della Banca d'Italia della comunicazione preventiva dell'Autorità competente del Paese di origine dell'IMEL decorsi 60 giorni; successivamente l'IMEL comunitario segnala la data di inizio dell'attività della succursale, una volta espletati gli adempimenti previsti da leggi e disposizioni amministrative vigenti in Italia per la costituzione di società, per provvedere all'iscrizione all'albo di cui all'art. 114 *bis*, comma 2, T.U.B., inviandone comunicazione al competente Servizio della Banca d'Italia — Vigilanza sull'Intermediazione Finanziaria (VIF) —¹⁹⁴.

L'esercizio in Italia di attività diverse dall'emissione di moneta elettronica da parte di un IMEL comunitario è subordinato all'autorizzazione della Banca d'Italia¹⁹⁵, il cui rilascio sottostà, da un lato, all'effettivo svolgimento nello Stato membro di origine delle attività che l'IMEL intende svolgere in Italia, dall'altro, alla presentazione di un programma di attività nel quale sono particolareggiate le attività che l'IMEL intende svolgere, nonché quelle che saranno prestate attraverso una succursale; i relativi controlli¹⁹⁶ attengono alla situazione di liquidità e ai rischi di mercato, valutati in collaborazione con le Autorità competenti dello Stato di origine: se queste ultime lo richiedono, la Banca d'Italia procede direttamente ad

¹⁹³ Per quanto ovvio, l'intenzione di procedere all'apertura di ulteriori succursali va anch'essa comunicata, almeno 30 giorni prima, alle predette Autorità autorizzanti.

¹⁹⁴ Ogni modifica deve essere preliminarmente comunicata alla Banca d'Italia e, nel caso di insediamenti in Italia con più succursali, deve essere individuata la succursale principale deputata ad intrattenere i rapporti con la stessa Autorità di Vigilanza.

¹⁹⁵ In argomento, occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 2, comma 2, della Direttiva 2000/46/CE, le disposizioni sul mutuo riconoscimento non si applicano alle attività svolte dall'IMEL diverse dall'emissione di moneta elettronica

¹⁹⁶ Ai sensi dell'art. 79 T.U.B., poi richiamato dall'art. 114-*quater* dello stesso Testo Unico, la Banca d'Italia può ordinare agli IMEL comunitari di porre termine alle irregolarità riscontrate, in caso di vio-

lazione delle disposizioni relative alle succursali o alla prestazione di servizi nel territorio della Repubblica.

Tale provvedimento è comunicato anche all'Autorità competente del Paese d'origine, cui è richiesta l'adozione delle misure opportune affinché l'IMEL ponga termine alle irregolarità: allorquando esse, se commesse, siano tali da pregiudicare interessi generali, ovvero nei casi di urgenza per la tutela dei soggetti ai quali sono prestati i servizi, la Banca d'Italia può adottare direttamente le misure ritenute necessarie ad ottenere la cessazione delle violazioni da parte degli IMEL, informandone l'Autorità del Paese d'origine; qualora quest'ultima abbia revocato l'autorizzazione all'esercizio dell'attività concessa all'IMEL comunitario, la Banca d'Italia può promuovere la liquidazione coatta amministrativa della succursale operante sul territorio nazionale.

accertamenti ispettivi presso le succursali dell'IMEL¹⁹⁷ comunitario, ovvero concorda altre modalità di verifica.

Se un IMEL comunitario intende emettere in Italia moneta elettronica senza procedere all'apertura di succursali e, quindi, in regime di libera prestazione di servizi, può iniziare l'attività dal momento in cui la Banca d'Italia ha ricevuto una comunicazione preventiva da parte dell'Autorità competente del Paese d'origine; ad esso si applicano le stesse disposizioni cui sono sottoposte le succursali di IMEL comunitari insediati in Italia¹⁹⁸.

Uno specifico settore delle « Istruzioni » (le sezioni IV e V del capitolo IX) è dedicato all'operatività di un IMEL extracomunitario in Italia: l'insediamento di una propria succursale nel nostro Paese è subordinato all'autorizzazione del Ministro dell'Economia e delle Finanze d'intesa con il Ministro degli Affari Esteri, ascoltata la Banca d'Italia¹⁹⁹.

Per gli IMEL cc.dd. « ad operatività limitata », secondo quanto disposto dal capitolo X delle « Istruzioni », è essenziale la sussistenza di talune condizioni:

a) l'importo complessivo della moneta elettronica in circolazione non deve superare di norma 5 milioni di euro e in nessun momento 6 milioni di euro;

b) l'importo della moneta elettronica in circolazione non deve superare in nessun momento 10 milioni di euro e deve essere accettata in pagamento esclusivamente da soggetti controllati dall'IMEL, da soggetti controllanti l'istituto emittente e da altri soggetti controllati dal medesimo controllante;

¹⁹⁷ Le succursali di IMEL comunitari sono soggette alle seguenti disposizioni in materia di:

— prevenzione dell'utilizzo della moneta elettronica per finalità di riciclaggio di denaro di provenienza illecita;

— trasparenza delle condizioni contrattuali applicate alla clientela;

— distribuzione di moneta elettronica;

— vigilanza sui sistemi di pagamento, volte, in forza dell'art. 146 del T.U.B., a favorire lo sviluppo della moneta elettronica, ad assicurarne l'affidabilità e a promuovere il regolare funzionamento del relativo circuito.

¹⁹⁸ Quanto alla richiesta di apertura di ulteriori succursali di un IMEL già insediato in Italia, l'autorizzazione della Banca d'Italia è rilasciata secondo la procedura semplificata del silenzio-assenso.

¹⁹⁹ L'emissione di tale autorizzazione è subordinata al rispetto delle seguenti condizioni:

a) esistenza di un fondo di dotazione non inferiore a 1 milione di euro,

b) un programma concernente le attività della succursale, che devono risultare compatibili con le disposizioni applicate agli IMEL italiani, e corredato da una nota sintetica nella quale è descritta l'articolazione in filiali e filiazioni, nonché l'operatività della casa madre o del gruppo di appartenenza,

c) il possesso di requisiti di professionalità ed onorabilità da parte dei responsabili della succursale, coerenti con le situazioni previste dal Decreto del Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica del 18 marzo 1998, n. 161, anche sulla base di una valutazione di equivalenza sostanziale per i soggetti di nazionalità estera. L'organo amministrativo della casa madre è responsabile dell'attendibilità della documentazione esaminata.

La relativa istruttoria delle domande di autorizzazione deve tener conto di molteplici fattori che vanno dall'esistenza nel Paese di origine dell'IMEL di una regolamentazione adeguata sotto il profilo dei controlli di vigilanza, all'esistenza di accordi, ovvero all'assenza di ostacoli, per lo scambio di informazioni con le Autorità di vigilanza del Paese di origine dell'IMEL che costituisce la succursale; dal consenso preventivo dell'autorità di vigilanza del Paese di origine all'apertura di una succursale in Italia e allo svolgimento delle attività indicate dall'IMEL da essa vigilata, all'attestazione dell'autorità di vigilanza del Paese di origine in ordine alla solidità patrimoniale e all'adeguatezza delle strutture organizzative, amministrative e contabili dell'IMEL.

La Banca d'Italia, ricevuta la documentazione e ritenuto la stessa congrua secondo i parametri suindicati, iscrive la succursale all'albo di cui all'art. 114-bis del T.U.B.

c) le imprese accettanti la moneta elettronica devono essere limitate e chiaramente individuate in base alla loro ubicazione in un'area locale circoscritta (ad es., un centro commerciale, un aeroporto, una stazione ferroviaria), nonché al loro stretto rapporto finanziario e commerciale con l'IMEL emittente²⁰⁰.

In ogni caso gli IMEL a operatività limitata devono adottare criteri di diversificazione degli investimenti, in modo da assicurare una sana e prudente gestione dei fondi ricevuti a fronte della moneta elettronica emessa.

In tale ottica, quest'ultima tipologia di IMEL non beneficia delle disposizioni del mutuo riconoscimento: il limite massimo di avvaloramento del dispositivo elettronico, per accordo contrattuale, rilasciato al detentore per l'effettuazione dei pagamenti, non deve essere superiore a 150 euro; di qui la previsione di esentare, in deroga a quanto previsto in via generale per gli IMEL, quelli ad operatività limitata dall'applicazione di alcune disposizioni emanate in materia²⁰¹.

Quanto alle soluzioni organizzative, la Banca d'Italia valuta il minor livello di complessità dell'attività svolta dagli intermediari IMEL ad operatività limitata, restando ferma l'esigenza di preservare le condizioni atte ad assicurare la sana e prudente gestione dell'intermediario e la fiducia del detentore della moneta elettronica dal medesimo emessa.

Nell'esercizio della funzione di vigilanza, l'Istituto di sorveglianza deve essere tempestivamente informato delle variazioni statutarie e delle modifiche del capitale adottate dall'IMEL, nonché dell'avvenuta iscrizione nel registro delle imprese, in quanto ad esso compete l'esercizio, oltre che della vigilanza « informativa », anche di quella « ispettiva »²⁰², che deve essere svolta sia presso gli IMEL autorizzati in Italia, sia presso le succursali in Italia degli Istituti di moneta elettronica comunitari, nel caso in cui le competenti autorità dello Stato comunitario d'origine lo richiedano²⁰³.

I responsabili dell'eventuale procedimento amministrativo²⁰⁴, secondo la sez. I, cap. XII, par. 3, delle « Istruzioni », sono il titolare della filiale

²⁰⁰ A titolo esemplificativo il testo esaminato richiama come esempi un sistema comune di commercializzazione o di distribuzione (un *franchising*).

²⁰¹ Tra esse spiccano quelle afferenti:
a) il capitale minimo iniziale (stabilito, viceversa, in misura pari all'ammontare minimo previsto per la costituzione di società per azioni);

b) l'ammontare minimo del patrimonio di vigilanza — di cui alla sez. I, cap. VII —, purché lo stesso non sia, in nessun momento, inferiore al livello del capitale iniziale minimo richiesto per la costituzione dell'IMEL;

c) la copertura dal rischio di cambio e la concentrazione dei rischi di cui alla sez. III, cap. VII, par. 2.

²⁰² Ciò al fine di accertare che l'attività degli IMEL vigilati sia espletata nell'osservanza delle disposizioni vigenti attraverso la complessiva valutazione della situazione tecnica e organizzativa dell'ente,

nonché la verifica dell'attendibilità delle informazioni fornite periodicamente all'Organo di Vigilanza.

²⁰³ Trova, in tal modo, attuazione quanto disposto dall'art. 54, comma 3, T.U.B., che, in riferimento alle succursali in Italia degli IMEL extracomunitari, prevede, inoltre, che, « a condizione di reciprocità, la Banca d'Italia può concordare con le Autorità competenti degli Stati extracomunitari modalità per l'ispezione di succursali di IMEL insediati nei rispettivi territori ».

²⁰⁴ Per le procedure relative all'applicazione delle sanzioni amministrative agli IMEL è vigente il già citato Provvedimento della Banca d'Italia del 3 settembre 2003, pubblicato in G.U. n. 220 del 22 settembre 2003, serie generale, che, in particolare, rinvia all'adozione dei provvedimenti sanzionatori amministrativi previsti dagli artt. 145 del T.U.B. e 195 del T.U.F., che si applicano anche agli IMEL.

della Banca d'Italia competente per territorio, da un lato, ed il capo dell'Ispettorato Vigilanza, dall'altro.

Infine, il capitolo XIII del provvedimento in esame formula le « Disposizioni in materia di Trasparenza »²⁰⁵ e rinvia alle norme contenute nel provvedimento del Governatore del 25 luglio 2003²⁰⁶, dedicando la sezione III ai « Contratti »: in essa sono dettate disposizioni in materia sia di forma e contenuto minimo del contratto, sia di conclusione dei contratti mediante tecniche di comunicazione a distanza, le quali si applicano a tutte le operazioni e a tutti i servizi finanziari offerti dagli intermediari in Italia, compreso il credito al consumo.

10. RIFLESSIONI DI SINTESI.

Si afferma, dunque, la concezione « virtuale » del pagamento, per la quale l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria si realizza con il semplice trasferimento nella sfera giuridica del creditore di astratte disponibilità monetarie.

Il superamento della c.d. concezione « reale »²⁰⁷ del pagamento e il diffondersi di processi di informatizzazione, ormai privi di « materiale percepibilità », impongono ai giuristi l'impegno teso a elaborare una « regolamentazione di sistema »²⁰⁸, capace di garantire l'efficace funzionamento del sistema dei pagamenti nel suo complesso²⁰⁹.

Quest'ultimo, « nonostante la circolazione virtuale non soppianderà mai totalmente quella reale »²¹⁰, è avviato nella direzione di un'ennesima « mutazione genetica » sul sentiero che porta ad una « nuova » moneta: la moneta elettronica, la moneta del terzo millennio.

Appare, dunque, necessaria una rivisitazione delle tradizionali nozioni giuridiche di « moneta » e di « pagamento », legate all'ormai anacronistica lettura dell'art. 1277 c.c.

²⁰⁵ La materia si fonda sulle seguenti fonti normative:

— titolo VI del Testo Unico Bancario;
— deliberazione del CICR del 4 marzo 2003, pubblicata in G.U., 27 marzo 2003, n. 72;

— art. 23, comma 4, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico della Finanza);

— d.lgs. 28 luglio 2000, n. 253, « Attuazione delle direttive 97/5/CE sui bonifici transfrontalieri »;

— decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze 13 dicembre 2001, n. 456, sui « criteri per la composizione degli organi decidenti e per lo svolgimento delle procedure di reclamo in materia di bonifici transfrontalieri »;

— art. 106 T.U.B. (elenco generale degli intermediari finanziari, tenuto dall'UIC — Ufficio Italiano dei Cambi —);

— art. 107 T.U.B. (elenco speciale degli « intermediari », tenuto dalla Banca d'Italia);

— art. 114-bis T.U.B., dedicato agli IMEL.

²⁰⁶ Pubblicato in G.U., 19 agosto 2003, n. 191, serie generale, supplemento ordinario.

²⁰⁷ Tale concezione, però, si risolve e ritorna a quella « reale »: la circolazione monetaria, infatti, non può dirsi completamente « smaterializzata » e ad una « dematerializzazione » del danaro corrisponde una « materializzazione » del credito.

²⁰⁸ In tal senso, v. A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 280.

²⁰⁹ Ciò deve avvenire mediante la stabilità degli operatori, la celerità della *traditio*, la certezza del pagamento.

²¹⁰ Tale valutazione è espressa da R. MORI, *L'elettronica non arriverà mai a sostituire il ruolo della banconota*, in Banca, n. 5, 1987, pp. 3 ss.

A fronte di una giurisprudenza attestata su posizioni di formalistica intransigenza, la dottrina perviene ad una rivalutazione dei cc.dd. mezzi di pagamento « alternativi », finora considerati idonei a realizzare non un adempimento in senso tecnico, ma soltanto una *datio in solutum*, ex art. 1197 c.c., o meglio una proposta di *datio pro solvendo* che necessita del consenso del creditore e determina l'estinzione dell'obbligazione e la liberazione del debitore soltanto a riscossione avvenuta.

Le soluzioni normative adottate, comprese le prime due direttive comunitarie di settore, il decreto legislativo di recepimento e le norme di attuazione qui esaminate, si pongono allora come riferimenti essenziali per la progettazione e la gestione di schemi di moneta elettronica che possano ritenersi conformi ai requisiti richiesti e rispondere alle esigenze di tutela degli utenti, accrescendo così la fiducia nell'utilizzo del nuovo strumento e contribuendo allo sviluppo e all'affermazione dell'*e-commerce*.

La moneta elettronica, quarta generazione di moneta, successiva a quelle legale, scritturale e bancaria è senza dubbio assimilabile, sotto il profilo giuridico, alla moneta legale, sia pur limitatamente al fenomeno del commercio elettronico: infatti, all'interno della realtà telematica i soggetti operanti nel settore, sia venditori, sia acquirenti compratori, accettano di utilizzare questo nuovo strumento di pagamento, riconoscendogli valore adempitivo in riferimento alle obbligazioni pecuniarie che sorgono all'interno del cyberspazio.

Tuttavia in Italia, così come in altri Paesi esteri, ciò che oggi noi definiamo come strumenti di moneta elettronica non corrispondono alla definizione elaborata nelle Direttive comunitarie esaminate: la classificazione tra *software money*, inserita su *file* ovvero memorizzata su computer, e la moneta caricata su *smart card* prevede che queste ultime carte siano dotate di un *microchip* in cui possono conservarsi tutti i dati di ogni singola operazione di pagamento compiuta, con evidenti benefici in tema di *privacy* e *security*.

Viceversa, attualmente le *smart card* immesse sul mercato sono impropriamente definite moneta elettronica, in quanto, in realtà, sono semplici carte prepagate che utilizzano il lettore ottico ed il cui funzionamento in concreto riproduce le tecniche della carta di credito o della carta di debito, presentando come unico elemento innovativo la caratteristica di non collegarsi ad un conto corrente, ad un rapporto di provvista identificabile con qualche soggetto.

Le nuove norme introdotte dal legislatore nazionale e dal legislatore comunitario²¹¹, hanno posto le fondamenta, in termini di armonizzazione delle legislazioni, di tutela del consumatore, di certezza del momento solutorio dei contratti « in rete », di sicurezza dell'impianto tecnologico delle transazioni, anche attraverso gli elementi di trasparenza e di concorrenza, per realizzare — sin da subito — l'avvento della *cashless society*, o più propriamente della *less-cash society*: una società « economica » caratterizzata dal minor uso del contante a favore dell'adozione dell'*e-money*.

²¹¹ In tema, v. L. MARINI, *Il commercio elettronico. Profili di diritto comunitario*, Padova, 2000, *passim*.