
DANIELA VALENTINO

MONETA ELETTRONICA E TUTELA DEL CONSUMATORE

Qualsiasi operazione di scambio tra beni e denaro, che si attualizza attraverso strutture negoziali basate sul principio consensualistico, espone entrambi i contraenti al rischio di non ottenere l'esecuzione delle rispettive obbligazioni di consegna o di ricevere un adempimento inesatto delle stesse.

Anche la sola circostanza che compratore e venditore non possono essere presenti nello stesso luogo, di norma, non consente di eseguire contestualmente gli obblighi di consegna del bene e di pagamento del corrispettivo, delineando il rischio del reciproco inadempimento. La necessità di far venir meno la naturale diffidenza e di non frapporre eccessivi ostacoli agli scambi commerciali ha individuato una serie di regole che stabilizzano l'entità del rischio con modalità anche non omogenee. È quasi ponderoso tentare di rielaborare le diverse tecniche commerciali e giuridiche per subordinare l'esecuzione del pagamento soltanto dopo la corretta esecuzione dell'altra prestazione, per attenuare la naturale preoccupazione del compratore:

- a) di non ricevere il bene o il servizio;
- b) di ricevere una prestazione diversa;
- c) di ricevere un bene viziato, altrui, ecc.

o, comunque, la sua « istintiva » aspettativa di eseguire il pagamento soltanto dopo le verifiche su quanto ricevuto. A ciò si può aggiungere la necessità o l'opportunità di immettere nel circuito produttivo i beni acquistati *anche prima* del loro pagamento e, quindi, acquisire l'economica convenienza di reperire la liquidità, necessaria per il pagamento differito della merce ricevuta, dalla loro stessa ulteriore negoziazione¹.

* Relazione tenuta al convegno su *Moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, svoltosi a Salerno il 7 novembre 2003 presso il Salone degli Stemi del Palazzo Arcivescovile.

¹ In generale sulle diverse clausole che

consentono di svincolare il pagamento dalla consegna delle merci, v. A. LUMINOSO, *La compravendita. Corso di diritto civile*, 2^a ed., Torino, 1998, p. 109 s.; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. del cod. civ.* Utet, IV, III, 3^a ed., Torino, 1991, p. 119 s.

In tali contesti l'alea contrattuale ed economica si accentra sul fornitore, che deve far affidamento non soltanto sulla sua potenzialità di eseguire correttamente le prestazioni a suo carico, ma deve riporre particolare fiducia sulla circostanza che l'altro contraente, dopo aver realizzato i suoi interessi, si farà carico egualmente dell'esecuzione della prestazione *da lui dovuta*².

In presenza di tali diverse esigenze, in un mondo commerciale, dove la conoscenza diretta tra gli operatori è sempre più evanescente e soprattutto la loro stabilità operativa è molto più incerta, possono scattare una serie di garanzie che, pur non intaccando l'esigenza della *non contestualità* delle prestazioni, diminuisca il rischio sicuramente sbilanciato a sfavore del fornitore. La prassi operativa di prestare garanzie, anche da parte di terzi qualificati (intermediari finanziari, assicurativi e così via)³, che assicurano il ricevimento del pagamento del prezzo, pone al riparo dalla possibilità dell'instabilità economica degli aventi causa, successiva alle negoziazioni e/o alla consegna dei beni. Tali garanzie assicurano il risultato ancor più intensamente quando eliminano anche la potenzialità di contestazioni sull'adempimento già eseguito, obbligando il garante ad assicurare prioritariamente il risultato economico sperato con i meccanismi del *solve et repete*⁴.

Nelle operazioni economicamente significative, la tutela dei contraenti è stabilizzata, anche al di là dell'impossibilità materiale di scambi contestuali ed immediati tra prestazioni, con meccanismi potenzialmente risolutivi dei diversi interessi in gioco. Le modalità possono essere introdotte in modo non bilanciato e, quindi, hanno la potenzialità di essere utilizzate negli accordi contrattuali per rafforzare la posizione del contraente economicamente più forte che tenderà a delineare una disciplina mirata ad escludere o diminuire il rischio di non ricevere la prestazione *a lui dovuta*, prescindendo dall'effettiva o esatta esecuzione di quella *da lui do-*

² Il fornitore, di regola, non si potrà avvalere neanche della eccezione di inadempimento, che si ritiene possa essere sollevata dal contraente tenuto per primo soltanto in determinate ipotesi, sul punto v., per tutti, M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Tratt. dei contr.* Rescigno, Torino, 1999, p. 1531; L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 23 ss.; Id., *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 3405.

³ In proposito v., M. IRRERA, *Le assicurazioni del credito e le polizze fideiussorie*, in *L'assicurazione: l'impresa e il contratto* a cura di O. CAGNASSO, G. COTTINO

e M. IRRERA, in *Tratt. di dir. comm.* Cottino, X, Padova, 2001, p. 212 ss.; A. ANTONUCCI, *L'assicurazione fra impresa e contratto*, 4^a ed., Bari, 2000, p. 157; M. SESTA, *Polizze fideiussorie e cauzionali*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., XI, Torino, 1995, p. 173 ss.

⁴ Sulle c.d. clausole a prima richiesta v., da ultimo, M. ROSSETTI, *Contratto autonomo di garanzia*, in AA.VV., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XIX, Garanzie, Torino, 2004, p. 17 ss.; ed inoltre, G. BOZZI, *Le garanzie atipiche*, I, *Garanzie personali*, Milano, 1999, p. 91 ss.; R. DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-leaseback, Padova, 1998, p. 30 ss.

vuta. Il valore economico della contrattazione « sopporta » ogni costo aggiuntivo ed esterno relativo alla predisposizione dell'assetto contrattuale e all'intervento di terzi⁵.

Anche negli scambi « minuti » emergono gli stessi « timori », che rallentano i rapporti commerciali; ma, di norma, non possono sopportare « sovrastrutture » che generano costi aggiuntivi e tempi dilazionati. Storicamente in questo contesto la contestualità delle prestazioni ha risolto ogni conflittualità, assicurando a ciascun contraente la potenzialità di tutelare i propri interessi.

La contestualità ha, però, generato due corollari:

a) il venditore deve avere la disponibilità materiale della prestazione offerta;

b) il compratore deve procedere all'immediato pagamento, possibilmente con moneta contante.

L'empirico schema può non essere utilizzato anche al solo scopo di incentivare le vendite o le negoziazioni, consentendo al soggetto « di acquisire subito e pagare nel tempo ». Ed è quasi superfluo ricordare o elencare tutti i potenziali accorgimenti che, anche per i beni di consumo, consentono al fornitore di diminuire il pericolo di non ricevere il prezzo dopo aver eseguito la prestazione a suo carico⁶.

Siamo ancora, però, in un sistema nel quale tutte le cautele e i costi aggiuntivi posti a carico dell'acquirente hanno una funzione riequilibratrice della circostanza che il fornitore ha acquistato e consegnato merci o ha, comunque, eseguito la prestazione a suo carico, con modalità operative a suo totale rischio anche se nella prospettiva, quasi esclusiva, di voler diminuire la possibilità di non rivendere quello che ha prodotto (e ha, a sua volta, già pagato), o di incrementare la sua attività.

È evidente anche che i costi delle merci e dei servizi immessi sul mercato consumeristico inglobano le spese relative alla possibilità della loro mancata vendita, della necessità di predisporre e mantenere un magazzino-merci adeguato e della creazione di una rete distributiva quanto più capillare ed efficace possibile e quant'altro possa coprire il rischio di impresa connesso alla tecnica di « rompere » il più tranquillo legame di contestualità tra esecuzione della prestazione caratterizzante e pagamento del corrispettivo⁷.

⁵ In ordine a tali profili v., G. CARRIERO, *Norme di protezione dell'utente dei servizi bancari e finanziari: taluni effetti economici*, in *Riv. dir. imp.*, 1997, p. 84 ss.; Id., *Autorità indipendenti e tutela del consumatore: la Banca d'Italia*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 714; G. GRECO, *Tutela inibitoria cautelare nei contratti del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 14 s.

⁶ Per indicazioni al riguardo v., per tutti, F. BOCCHINI, *Vendite con contenuti speciali*, in *Tratt. di dir. priv.* Rescigno, II, 2^a ed., Torino, 2000, p. 675 ss.

⁷ Su tali aspetti v. R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI e T. ULEN, *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999, p. 299 ss.

L'esplosione delle tecnologie informatiche ha creato la potenzialità di risolvere con un diverso approccio queste problematiche. Teoricamente si è creata la possibilità di collocare su un mercato geograficamente illimitato:

a) merci non ancora acquisite o servizi non immediatamente disponibili;

b) senza una rete distributiva articolata sul territorio⁸.

L'uso telematico crea, però, delle difficoltà:

a) il compratore deve essere indotto a superare l'« ansia » di acquistare beni che non visiona materialmente;

b) l'impresa, eliminato il contatto fisico con l'acquirente, si deve tutelare circa l'effettività della richiesta ricevuta e la potenzialità del pagamento del prezzo rispetto ad acquirenti che non conosce, che ha difficoltà ad identificare o a perseguire in caso di inadempimento.

Anche in queste negoziazioni il pagamento contestuale all'esecuzione della prestazione dovuta o alla consegna dei beni, pur risolvendo alcune problematiche, non elimina la necessità di acquisire merci o approntare servizi dopo il solo ricevimento dell'ordine ed impone, almeno, la spesa del trasporto logistico della merce.

Il quasi totale azzeramento dell'incombenza del rischio di sostenere spese a fronte di richieste non attendibili si ottiene con l'anticipazione del pagamento del prezzo. L'effetto si deve raggiungere, però, con strumenti rapidi, che non « appesantiscano l'attività » del cliente che si potrebbe « demotivare » dalla negoziazione, ma che devono garantire che il pagamento sia effettivo.

I rischi d'impresa si « rovesciano » su chi acquista, poiché negozia con un soggetto che non conosce, un bene che non ha visto, e rispetto al quale non ha alcuna garanzia circa l'effettività della consegna o l'esecuzione del servizio o la corrispondenza tra l'offerta e la prestazione eseguita. È pur vero che tutte le azioni contrattuali circa l'adempimento o l'esattezza dell'adempimento permangono nonostante il preventivo pagamento, ma la modesta rilevanza economica della transazione, di norma, « scoraggia » ogni azione individuale senza che si possa immaginare che sia credibile l'equazione poche contestazioni = nessuna grave violazione = mercato soddisfatto⁹.

⁸ Circa i vantaggi economici connessi all'e-commerce, con particolare riferimento al fenomeno della c.d. globalizzazione dell'economia, v., tra gli altri, G. ALPA, *Introduzione. New economy e diritto nell'era della rivoluzione digitale*, in A. PALAZZO e U. RUFFOLO, *La tutela del navigatore in internet*, Milano, 2002, p. 1 ss.; G. CASSANO, *Il commercio elettronico: una premessa*, in

G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'INTERNET*, Milano, 2002, p. 357 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio del commercio elettronico*, in V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001, p. 1 ss.

⁹ Per questi rilievi v., ex multis, E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni*

In tale contesto la tutela del consumatore tende a riequilibrare i meccanismi, individuando correttivi che diminuiscono le difficoltà di chi acquista o negozia a distanza. Le imprese, d'altro canto, ben sanno che la tutela «rassicura» il consumatore e lo induce a negoziare. Non è un caso, per rimanere ai pagamenti informatici, che nella comunicazione 353/97 la Commissione del Consiglio della Comunità europea, nel tentativo di individuare le macroaree di intervento in tali settori, ha posto tra gli obiettivi principali quello «di promuovere la fiducia dei consumatori»¹⁰. Senza voler ricordare gli strumenti del recesso e degli obblighi informativi, che sono destinati a creare una «apparente» tranquillità circa la possibilità preventiva di conoscere il contenuto della negoziazione ed assicurare la possibilità di una decisione adeguatamente ponderata¹¹, occorre oggi prendere in considerazione l'ultima frontiera che consente all'impresa di utilizzare le nuove potenzialità di negoziazione senza che l'inevitabile rischio connesso ad ogni forma di pagamento anticipato possa aggravare «i suoi conti».

Il tradizionale pagamento con le carte di credito sta offrendo nella loro utilizzazione *on line* un panorama di impiego inferiore alle sue potenzialità. La diffusione delle carte di credito nel loro utilizzo non telematico è legata alla circostanza che la legittimazione si fonda sul possesso della carta stessa e sulla *corrispondenza e la conformità* tra la firma sull'ordine di pagamento e quella apposta sulla carta¹². Senza voler discutere sull'opportunità della soluzione adottata per la potenzialità dell'utilizzazione abusiva, è incontestabile che il titolare ha la possibilità concreta di dimostrare la falsità della firma «cartacea» e qualsiasi onere probatorio a suo carico è, per quanto oneroso, sempre astrattamente possibile.

contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori), in Banca borsa tit. cred., 1997, I, p. 106 s.; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, p. 102 ss.; Id., *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, p. 243 ss.; S. MAZZAMUTO e A. PLAIA, *Provvedimenti inibitori a tutela del consumatore: la legge italiana 30 luglio 1998, n. 281 e la direttiva 98/27/CE*, in Europa e dir. priv., 1999, p. 676 s.; A. DI MAJO, *La tutela individuale del consumatore*, in P. STANZIONE (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, 1999, p. 278; C. VACCÀ, *La composizione extragiudiziale delle controversie dei consumatori*, in C. VACCÀ (a cura di), *Consumatori, contratti, conflittualità*, Milano, 2000, p. 255; ed in precedenza, con specifico riguardo alla contrattazione bancaria, G. PANZARINI, *Sulla*

nullità del contratto bancario, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 485.

¹⁰ In tal senso, v. F. BUFFA, *Moneta digitale e tutele*, in *Commercio elettronico e tutela del consumatore* a cura di G. Casano, Milano, 2003, p. 147 s.

¹¹ Sia consentito il rinvio a D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, cit., *passim*; Id., *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., *passim*.

¹² In generale sui pagamenti mediante carta di credito v., A.A. DOLMETTA, *La carta di credito*, Milano, 1982, *passim*; C. DI NANNI, *Pagamento e sostituzione nelle carte di credito*, Napoli, 1983, *passim*; G. NICCOLINI, *Carte di credito e carte bancarie*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1988, p. 1 ss.; e più di recente G. RESTUCCIA, *La carta di credito nell'ordinamento giuridico italiano e comunitario*, Milano, 1999, *passim*.

L'utilizzazione in Internet della carta crea una situazione molto più vischiosa, poiché il venditore si può vedere annullato il pagamento ogniquale volta l'ordine non è « partito » dal titolare della carta. Prescindendo dalle ipotesi nelle quali l'utilizzo abusivo è riconducibile a comportamenti dolosi o colposi del titolare, l'impianto normativo conduce ad una allocazione del rischio esclusivamente a carico del cliente soltanto nella fase precedente al suo obbligo di avvisare la società emittente della potenzialità di uso abusivo e, anche in questa prima fase, la mancata diligente verifica tra la firma apposta sullo scontrino e quella presente sulla carta sottratta gli consentirà di non sopportare in via esclusiva i costi dell'uso abusivo (sempre che la stessa carta non abbia subito contraffazioni sulla firma stessa)¹³.

L'utilizzo della carta in Internet presenta peculiarità connesse all'impossibilità di sottoporre preventivamente la spesa al controllo della legittimazione del possesso e alla verifica sulla conformità tra la firma apposta davanti al terzo creditore e quella presente sulla carta. In questo contesto l'art. 8 d.lgs. n. 185 del 1999 di recepimento della Direttiva 97/7/CE¹⁴ dettano una regola che, apparentemente, sposta le potenziali perdite dell'uso abusivo sull'Istituto emittente la carta, poiché delineano l'obbligo per quest'ultimo di riaccreditare all'acquirente i pagamenti connessi ad un uso fraudolento o che risultino di un importo eccedente rispetto a quello previsto. La « splendida » norma « chiude il cerchio », poiché l'Istituto ha la possibilità di rivalersi sul venditore e si potrebbe concludere che l'uso delle nuove tecnologie sia a carico dell'impresa che decide di operare sul mercato avvalendosi. Anche in un'ottica, così ottimistica, non bisogna trascurare che ogni rischio gravato sull'impresa diviene un aggravio di costi per i beni o servizi offerti a carico del consumatore, ma va tenuto presente che l'incidenza di tali maggiorazioni dovrebbe trovare adeguato limite nel regime di concorrenza tra imprese che operano nello stesso settore.

Nella disciplina di origine comunitaria la norma non si trasforma, però, in una semplice regola che addossa all'emittente e al commerciante i rischi dell'uso telematico di fronte alla contesta-

¹³ Sul punto v., tra gli altri, R. D'ORAZIO, *Il regolamento degli acquisti nel commercio elettronico*, in *Il contratto telematico* a cura di V. Ricciuto e N. Zorzi, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. ec.* Galgano, Padova, 2002, p. 235 ss.

¹⁴ Con particolare riferimento a questa disposizione v., A. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002, p. 145 ss.; A. PIERUCCI, *Sub art. 8*, in M. ATELLI (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza. Commento al d.lgs. 22 maggio*

1999, n. 185, Torino, 2001, p. 215 ss.; A.V. FRITTELLI, *La tutela dell'utilizzazione della « carta di pagamento » per l'esecuzione di un « contratto a distanza »: brevi considerazioni sull'art. 8 d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185*, in *Temi rom.*, 2000, p. 477 ss.; P. SANNA, *Considerazioni a margine del d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Resp. civ.*, 2000, p. 486 ss.; G. DE MARZO, *I contratti a distanza. Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185*, Milano, 1999, p. 40 ss.

zione del titolare della carta, così come avviene, ad esempio, negli Stati Uniti¹⁵. Nel nostro ordinamento si prevede che il *consumatore si debba far carico* dell'onere probatorio sull'uso fraudolento e non corretto della sua carta e, soltanto se riesce a fornire le prove di non averla utilizzata personalmente e di averla custodita diligentemente, otterrà che la sua contestazione provochi l'obbligo del riaccredito delle somme in precedenza addebitategli. Le fatiche di Sisifo e la tradizionale *probatio diabolica* potrebbero apparire risultati più facilmente ottenibili di fronte alla quasi impossibilità di dimostrare l'avvenuto uso fraudolento di una carta, poiché i suoi estremi potrebbero essere ricostruiti in molteplici modi telematici, diversi dalla sua sottrazione¹⁶.

La potenzialità di «ingerenze esterne» è insita nella stessa architettura di Internet ed il consumatore non ha strumento alcuno per impedire, limitare o ricostruire ogni abuso che può subire quando immette nel circuito i dati relativi alla sua carta di credito. I criteri, però, della ripartizione del rischio di danno e della sua allocazione non si possono non fondare sul principio che i relativi costi devono gravare sulla parte «che si trovi nella migliore condizione per rimuoverli»¹⁷. Il consumatore dovrà, così, rispondere di ogni danno derivante dal comportamento a lui richiedibile: diligenza nella custodia del documento, obbligo di tempestivo avviso per ogni perdita di possesso e così via. Nella direttiva del 1997 il legislatore si preoccupa di individuare gli obblighi di informazione e di vigilanza posti a carico delle parti e il complesso della normativa pone indiscutibilmente a carico dell'impresa i più generali rischi riconducibili al corretto funzionamento degli strumenti e delle procedure sotto il suo controllo, con particolare riguardo alla sicurezza e all'inviolabilità dei codici di identificazione del titolare e alla pronta disattivazione dello strumento di pagamento, ogni qualvolta pervenga la notifica della perdita di possesso.

Le raccomandazioni del 1988 e quella n. 489/1997 delineano criteri di imputazione del tutto oggettivi: il consumatore dovrà rispondere soltanto se l'uso abusivo è conseguente ad un suo atteggiamento negligente rispetto agli obblighi a lui imposti e l'impresa risponderà se l'utilizzazione viene consentita senza (o con non) efficaci sistemi di sicurezza atti ad evitare l'uso abusivo.

Questo naturale passo avanti ha indotto ad adottare misure tecniche idonee a garantire «sistemi sicuri». Ogni operatore ha ben presente l'art. 6 della Raccomandazione n. 489/97: «l'uso dello strumento di pagamento senza che sia richiesta la presentazione

¹⁵ Lo sottolinea R. D'ORAZIO, *o.u.c.*, p. 241 s.; v., inoltre, L. CRISIGIOVANNI, *La tutela del consumatore come variabile competitiva*, in V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Commercio elettronico*, cit., p. 134

ss.; F. BUFFA, *Moneta digitale e tutele*, cit., p. 162 ss.

¹⁶ Lo evidenzia anche R. D'ORAZIO, *o.u.c.*, p. 269.

¹⁷ V. R. D'ORAZIO, *o.u.c.*, p. 261.

o l'identificazione elettronica dello strumento, esclude la responsabilità del titolare. Il solo impiego di un codice riservato o di altra prova analoga d'identità esclude altresì la responsabilità del titolare». Ancor più chiaramente l'art. 7 scolpisce la ripartizione dell'onere probatorio, poiché pone a carico dell'emittente la prova che l'operazione è stata correttamente registrata, contabilizzata e non si è: «incorsi in alcun guasto tecnico o altri inconvenienti»¹⁸.

È evidente, così, che gli sforzi si sono concentrati su un protocollo (c.d. SET), messo a punto per iniziativa delle società emittenti carte di credito, imperniato su un sistema di certificazione preventiva sulla sicurezza che interagisce con i circuiti commerciali e si avvale della firma digitale fondata sulla crittografia a chiavi asimmetriche per rendere più sicura la spendita *on line* della carta, o meglio per elevare i costi tecnici delle violazioni informatiche¹⁹. Le frontiere tecnologiche offriranno sistemi sempre più difficili da violare, ma i costi relativi alla ricerca su tali tematiche e quelli relativi alla loro adozione sono sicuramente imponenti. Le gravose cautele imposte alle imprese e i profili probatori posti a carico del consumatore, di fatto, rallentano l'utilizzo delle carte di credito «*on line*», soprattutto perché il sistema, nel suo complesso, non ha creato quel clima di fiducia che induce i consumatori ad utilizzarle.

Già nella citata raccomandazione del 1997 si delineava, però, un'altra soluzione: l'art. 2 lett. c) definisce strumento di moneta elettronica uno strumento di pagamento ricaricabile, sia esso una carta con un valore monetario immagazzinato o una memoria di elaboratore, nella quale è caricato elettronicamente il valore affinché il titolare possa compiere operazioni di pagamento²⁰.

Il valore monetario può esser trasferito su due diverse tipologie di supporto fisico: una *smart card* o una memoria del computer. La *smart card* è dotata di un microprocessore nel quale sono memorizzati i dati necessari, quali le somme di denaro accreditate, una chiave crittografica privata e un programma di gestione che consente il suo utilizzo e la sua ricarica con varie modalità²¹.

La norma tende a disciplinare quelle carte che abbiano precise caratteristiche:

a) devono essere utilizzabili in circuiti non limitati all'emittente;

¹⁸ Sempre R. D'ORAZIO, *o.u.c.*, p. 261 ss.

¹⁹ SET è acronimo di *Secure Electronic Transaction*. In generale per la prassi di certificazione preventiva della sicurezza dei sistemi v. R. D'ORAZIO, *o.u.c.*, p. 238 ss.

²⁰ La Raccomandazione del Consiglio 1997 è in *G.U.* n. 208 del 2 agosto 1997.

²¹ Su questi aspetti v., tra gli altri, G. FINOCCHIARO, *Prime riflessioni sulla moneta elettronica*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1347 ss.

b) il valore monetario rappresentato non deve essere inferiore ai fondi ricevuti;

c) devono essere destinate a pagamenti di importo limitato.

La *smart card* consente, attraverso il monitoraggio dei codici, di identificare ogni transazione che viene effettuata per evitare ogni duplicazione e di ricostruire tutti i passaggi effettuati dal *file* per evitare che lo stesso *file* sia copiato e la carta venga utilizzata per importi maggiori, non corrispondenti ai fondi stanziati. Queste caratteristiche tecniche anche se sono destinate a tutelare sia il titolare che l'emittente consentono, però, di ricostruire « come » il titolare utilizza la carta e, quindi, di ricostruire un suo profilo commerciale che può essere utilizzato nell'offerta di prodotti e pone delicati problemi di tutela dei dati personali²².

Lo stesso meccanismo può essere utilizzato direttamente sulla memoria del computer senza l'utilizzo di alcun supporto fisico: chiaramente il suo utilizzo sarà limitato alla rete di Internet. È innegabile che si azzerano tutti i rischi derivanti dalla perdita involontaria della carta che ha sicuramente un ruolo essenziale nella « mappatura » dei rischi posti a carico del consumatore.

I due strumenti presentano varie problematiche, in questa sede è opportuno limitarsi a valutare come si inseriscono in quel delicato equilibrio di ripartizione dei rischi tra fornitore e consumatore, o meglio tra il consumatore, l'emittente lo strumento di pagamento e il fornitore dei beni o dei servizi acquistati.

La caratteristica comune ad entrambi i supporti tecnici menzionati è che non danno accesso a distanza a valori monetari che il titolare detiene o ha depositato presso un ente²³. Di qui la necessità di chiarire cosa sia la c.d. moneta elettronica. Il tentativo di qualificazione dovrebbe essere influenzato dall'obiettivo « ideologico » di individuare le soluzioni che attuino una maggiore tutela del consumatore. Non si può dimenticare che questi strumenti si inseriscono in contesti contrattuali ove la sua posizione è fortemente e significativamente « squilibrata » e ogni interpretazione non può favorire un « aggravamento » della sua posizione²⁴. La sua situazione è qui particolarmente complessa, poiché dalla

²² Cfr. G. FINOCCHIARO, *o.l.u.c.*

²³ Le indicazioni contrarie della Raccomandazione dell'art. 2 distinguono tra strumenti che consentono 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 un codice di identificazione personale come carte di credito, di debito, di debito differito etc. e la moneta elettronica come strumento di pagamento ricaricabile senza accesso a distanza di propri fondi.

²⁴ Sulla posizione del consumatore nell'e-commerce v., tra gli altri, G. SCORZA, *Il consumare telematico*, in *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, cit., p. 19 ss.; S. SICA, *Il contratto nella « rete »*, in G. COMANDÈ e S. SICA, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, p. 44 ss.; ed in una prospettiva comparatistica, M.P. PEREIRA, *La tutela del navigatore in internet: profili di diritto comunitario e comparato*, in A. PALAZZO e U. RUFFOLO, *La tutela del navigatore in internet*, cit., p. 127 ss.

fase di esborso anticipato rispetto alla consegna del bene o del servizio acquistati senza alcuna visione diretta, passiamo ad un esborso anticipato rispetto anche alle potenziali negoziazioni; ne consegue che a fronte di un servizio il consumatore è costretto a immobilizzare risorse finanziarie che possono anche non esser così modeste e insignificanti (in alcuni circuiti si arriva fino a 2600 €)²⁵.

La premessa, tra l'altro, è confortata dalla consapevolezza che un efficace sistema di tutela, ben rappresentato al suo destinatario, implementa il ricorso a questi strumenti e al mercato *on line* anche se può far lievitare i costi delle imprese che vi operano (fornitrici o emittenti gli strumenti elettronici), le quali non faranno altro che trasferire i costi dello spostamento del maggior rischio a loro carico sullo stesso consumatore. Ed è esattamente il risultato finale cui si dovrebbe mirare, poiché la diversa allocazione del rischio, connesso a questi strumenti, consente il ricorso a sistemi assicurativi che il consumatore singolarmente non potrebbe mai affrontare²⁶.

Ciò premesso occorre ora verificare quali sono i rapporti che si instaurano tra i soggetti coinvolti nel pagamento elettronico.

La stessa emissione comporta a carico dell'emittente una serie di obblighi informativi preventivi e successivi. Prima della stipula del contratto o, comunque, prima della consegna o dell'acquisizione della disponibilità dello strumento, vanno comunicati per iscritto le condizioni contrattuali e queste devono necessariamente avere contenuti predeterminati riguardanti le caratteristiche tecniche dello strumento, gli elementi che ne consentono l'impiego, una descrizione degli obblighi e delle responsabilità del titolare e dell'emittente, nonché un elenco dettagliato delle tariffe, spese, commissioni ed oneri a carico del titolare, tassi di interesse e termini per l'eventuale contestazione sulle operazioni compiute.

Gli obblighi informativi si estendono anche durante l'utilizzo dello strumento, poiché ogni operazione deve esser seguita da ulteriori informazioni, scritte ma anche elettroniche, che consentono al titolare di identificare l'operazione svolta, il suo importo e le singole spese connesse. Costantemente il titolare, prescindendo dall'uso, deve poter verificare le ultime operazioni compiute ed il saldo disponibile. Sembra che il sistema di negoziazione di questi

²⁵ È aspetto raramente valutato nella sua portata effettiva, poiché, di norma, si enfatizza l'effetto della limitazione del rischio all'ammontare prestabilito e «prepagato». «Non vi sono rischi che per l'entità contenuta e fissata *ex ante* [...] il detentore non possa sopportare inte-

gralmente», R. D'ORAZIO, *Il regolamento degli acquisti nel commercio elettronico*, cit., p. 264.

²⁶ Evidenziano in generale la risoluzione delle tematiche della responsabilità sul piano assicurativo: R. D'ORAZIO, *o.u.c.*, p. 265.

strumenti si inserisca nel quadro generale che, di norma, sovrintende queste operazioni: obblighi di forma, obblighi di informazioni e obblighi di contenuto delle informazioni²⁷.

La Raccomandazione 489/97/CE, però, sembrerebbe operare una netta divaricazione sull'allocazione del rischio e sulle responsabilità dei soggetti nella fase dell'utilizzo di questi strumenti rispetto a quanto essa stessa stabilisce per gli strumenti di accesso a distanza di fondi del titolare (come possono essere considerate le carte di credito, i bonifici elettronici, gli assegni telematici e così via).

Per la moneta elettronica i rischi derivanti dall'utilizzo permarranno ad esclusivo carico del titolare. Il sistema sembra così pregnante da porre il problema dell'equiparazione di tali strumenti ai pagamenti in moneta legale. L'art. 8 limiterebbe la responsabilità dell'emittente per inesecuzione, inesatta esecuzione, o abusiva esecuzione, soltanto nei casi nei quali sarebbe configurabile « 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 o per un uso non conforme alle modalità d'impiego »²⁸. La norma può, indubbiamente, essere sufficiente a considerare che, nelle forme di utilizzazione di semplici *files* sull'*hard disk* del titolare, qualsiasi intervento di terzi, reso possibile nonostante la diligenza dovuta del consumatore, potrebbe essere considerato come un « malfunzionamento del sistema », perché la sicurezza tecnica da « attacchi esterni » dovrebbe permanere a carico di colui che offre il servizio.

Ciononostante tutti i rischi connessi a perdita, sottrazione o smarrimento della *smart card* sembrerebbero essere a carico del consumatore, senza che sia possibile ricorrere al sistema della notifica che possa bloccare l'utilizzo della carta, nonostante che lo strumento consenta di verificare le operazioni compiute dopo l'evento che ha sottratto la disponibilità al titolare (l'art. 1 n. 2 della Raccomandazione 489/97 sembrerebbe escludere tale possibilità poiché prevede la non applicabilità di tali presidi alla moneta elettronica).

Il passaggio è nodale e comporta una prima elementare conseguenza. Nella moneta elettronica non vi sarebbe un ordine di trasferimento di fondi espresso nei confronti dell'emittente a favore del terzo creditore del titolare, ma vi è un trasferimento diretto « di valori economici » da un soggetto ad un altro senza intermediazione di terzi. L'emittente non interverrebbe nella fase del pa-

²⁷ Sul punto v. F. BUFFA, *Moneta digitale e tutele*, cit., p. 164 s.

²⁸ Sul punto v. F. BUFFA, *o.u.c.*,

p. 168; R. D'ORAZIO, *Il regolamento degli acquisti nel commercio elettronico*, cit., p. 263 s.

gamento che intercorrerebbe esclusivamente tra debitore e creditore e, pertanto, non vi sarebbe questione che interessi l'intermediario relativa all'opponibilità di eccezioni connesse al rapporto commerciale sottostante, alla sua effettiva esistenza, validità ed adempimento. Da questa indicazione è agevole proporre, come pur è stato fatto, una presunta equiparazione tra moneta elettronica e moneta legale almeno sotto il profilo del momento e della modalità di pagamento, « nonché per gli aspetti connessi con la perdita della moneta »²⁹.

Sembra, però, che tale ricostruzione non sia coerente con il sistema complessivo e, soprattutto, si può facilmente verificare che non implementa il mercato dell'utilizzazione delle nuove tecnologie.

Se la posizione del titolare della moneta elettronica precipita così vertiginosamente di fronte anche al solo utilizzo *on line* delle carte di credito e di qualsiasi altra forma di accesso a distanza, non si vede perché il consumatore dovrebbe essere indotto ad utilizzarle a fronte di una soltanto generica limitazione economica del rischio, legata, peraltro, all'anticipazione di risorse finanziarie prima della loro stessa utilizzazione.

Effetto simile, complessivamente migliore, si potrebbe raggiungere con carte di credito limitate nel loro utilizzo a budget economici predeterminati, come pure nella prassi, per altre motivazioni, si usa frequentemente. D'altro canto l'equiparazione tra moneta elettronica e moneta legale, oltre ai riflessi negativi in tema di politica monetaria già evidenziati dalla BCE, è, di fatto, impedita dal principio della rimborsabilità obbligatoria e permanente prevista dall'art. 3 della Direttiva 2000/46/CE recepita dalla modifica dell'art. 114-bis, n. 3 del T.U.B.³⁰.

È più corretto, così, ribadire che anche per questi strumenti il parametro normativo è la sussistenza di un diritto di credito³¹ che il titolare ha nei confronti dell'emittente che può utilizzare per effettuare i suoi pagamenti nei confronti dei terzi. Lo schema è sempre trilaterale e non dissimile dalla carta di credito³², con la differenza che le somme vengono anticipate dal titolare o, forse meglio, « depositate » da questi all'emittente con

²⁹ Così anche R. D'ORAZIO, *o.u.c.*, p. 276; la frase è di F. BUFFA, *o.u.c.*, p. 169; G. OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica*, in *Banca borsa e titoli di cred.*, 2001, I, p. 814 s.

³⁰ Su questi aspetti v. G. FINOCCHIARO, *Prime riflessioni sulla moneta elettronica*, cit., p. 1353 s.; V. TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Il contratto telematico*, cit., p. 336 s.

³¹ Così esplicitamente V. TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Il contrat-*

to telematico, cit., p. 336 s.; sulla stessa falsariga anche G. FINOCCHIARO, *Prime riflessioni sulla moneta elettronica*, cit., p. 1354 s.

³² Ritiene che nel pagamento rateizzato con moneta elettronica la « banca dell'ordinante » non si interpone tra *solvens* ed *accipiens* per realizzare il trasferimento di fondi ma opera a « monte » ed a « valle » dell'atto solutorio garantendo la convertibilità prima e dopo la rimborsabilità G. OLIVIERI, *o.u.c.*, p. 812.

un suo diritto alla restituzione che legittima l'attuazione dello schema della delegazione nei confronti di quei terzi che accettano simili pagamenti. Tra l'altro per la moneta elettronica non è da escludere che vi sia un accordo commerciale tra emittente e potenziale ricevente che dà il suo preventivo assenso all'uso della moneta elettronica³³. Anzi si può ben dire che qualsiasi operatore di *e-commerce* predispone la possibilità di utilizzare i vari sistemi in commercio facendo una selezione tra quelli che ritiene più affidabili.

Anche gli autori, però, che considerano la moneta elettronica non equivalente alla moneta legale e ricostruiscono i pagamenti effettuati attraverso lo schema delegatorio, di fronte a queste circostanze nelle quali, come quasi sempre avviene, è lo stesso creditore che richiede il pagamento attraverso queste modalità, sono tentati dal considerare che la controprestazione richiesta sia proprio ed esclusivamente la moneta elettronica e, pertanto, il debitore eseguirebbe « esattamente la prestazione dovuta »³⁴. Le conclusioni non sono affatto condivisibili, perché sono fondate su un equivoco di fondo ed è come sostenere che ogni qualvolta il creditore richiede esclusivamente il pagamento con assegno od altra modalità, sia interessato direttamente all'assegno e non alla moneta legale rappresentata. Inoltre in queste ipotesi ricostruttive, se è vero che la moneta elettronica non è moneta legale, si avrebbero fattispecie vicine alla permuta e non alla compravendita. In effetti anche la moneta elettronica non è altro che « l'ultima frontiera » di una delle possibili *modalità di pagamento* della moneta legale e il creditore non fa altro che selezionare prioritariamente questa possibilità, ma se, per una qualsiasi ragione, al trasferimento dei *byte* non corrisponde denaro, il debitore non è liberato, poiché la prestazione, cui è tenuto, è quella di corrispondere denaro anche attraverso modalità telematiche e con l'ausilio di intermediari specializzati.

A questo punto è possibile tentare di enucleare prime conclusioni in tema di tutela del consumatore. Risulta poco coerente qualsiasi interpretazione mirata a concludere che il pagamento con moneta elettronica sia equivalente a quello con denaro contante, anche perché tali conclusioni renderebbero il titolare ancor meno protetto, ma soprattutto non favorirebbero la diffusione degli strumenti.

Tale consapevolezza è così radicata negli operatori del settore che un rapido esame delle condizioni contrattuali consente di verificare che il sistema della notifica in caso di furto o smarri-

³³ L'uso dei portali commerciali è sempre più frequente. V. G. FINOCCHIARO, *Prime riflessioni sulla moneta elettronica*, cit., p. 1352.

³⁴ Sempre G. FINOCCHIARO, *o.u.c.*, p. 1357.

mento è esteso con modalità efficaci e semplici anche alle carte prepagate e che perdura tutta l'attenzione a garantire che l'uso abusivo della carta attraverso la rete sia reso sempre più complesso da codici di sicurezza di sempre maggior rilievo. Sul piano pratico è di elementare rilievo che l'alto rischio dell'uso del denaro contante ha favorito lo sviluppo di modalità alternative che consentissero al soggetto di abbassare la soglia di « pericolosità » e non è difficile sostenere che tale obiettivo costituisce uno degli aspetti più qualificanti della loro stessa funzione. Non vi sarebbe alcuna utilità se in tale direzione la frontiera più avanzata della moneta elettronica presentasse lo stesso grado di rischio dell'uso del danaro contante e si sovrapponesse sotto quest'aspetto alla moneta legale, poiché si tratterebbe di un « ritorno ad Itaca », non certamente auspicabile.

Gli operatori del settore non hanno timori ad assumere i diversi rischi di questi nuovi strumenti se riescono ad implementare il mercato, così, come era già successo per il diritto di recesso ampiamente presente nella prassi commerciale, prima della modifica legislativa, con la clausola « soddisfatti o rimborsati ». Non si tratta di « spirito di generosità », perché il vero punto dolente è che i costi dell'assunzione di questi rischi sono riversati, inesorabilmente, sulle spese ed i costi a carico dell'utenza e la vera tutela del consumatore si può efficacemente realizzare soltanto e se esisterà una efficace politica di controllo e di intervento legislativo o delle autorità indipendenti, competenti su tali aspetti.

Soltanto un esempio: testualmente e incontestabilmente la raccomandazione del 1997 pone a carico dell'emittente il rischio del malfunzionamento tecnico; ciononostante tra le voci di spesa previste c'è sempre a carico del consumatore il costo relativo alla sostituzione delle carte smagnetizzate, fenomeno altamente frequente e quasi mai realisticamente imputabile al possessore; ed è soltanto magra consolazione che la spesa sia equiparata al costo della sostituzione di una carta smarrita o rubata!

Ed è quasi divertente constatare, inoltre, che l'equiparazione della disciplina di tutela tra moneta elettronica e accesso di fondi a distanza ha come contropartita un sistema di costi sicuramente più oneroso nell'uso della moneta elettronica per il consumatore che è indotto ad utilizzare le nuove tecnologie a lui presentate come « più sicure ». Ogni prelievo diretto ha un costo superiore a similari operazioni con il Bancomat, ogni ricarica ha un costo diverso da qualsiasi versamento elettronico di fondi e così via in un quadro comparativo che può indurre a forme di « depressione » circa il quasi totale « sganciamento » tra effettività della spesa sostenuta e costo imposto.

Queste brevi considerazioni inducono a delineare che l'unica conclusione possibile è che la disciplina e le interpretazioni relative all'allocazione del rischio nell'uso degli strumenti di pagamento telematico dovrebbero tendere all'omogeneità per evitare

che il consumatore possa essere influenzato nelle sue scelte non da ragioni economiche e di convenienza, ma dalla diversa regolamentazione della tutela che non può essere giustificata specialmente se le diverse possibilità di pagamento si esplicano tutte in ambito telematico³⁵. Tantomeno alcuna incidenza dovrebbero avere apparenti situazioni di minore rischiosità legate a « incidenti » fisiologici che sono insiti nella stessa struttura telematica.

³⁵ Sulle stesse conclusioni anche R. D'ORAZIO, *Il regolamento degli acquisti nel commercio elettronico*, cit., p. 277 ss.