

ALBERTO GIAMPIERI

OPERAZIONI TELEMATICHE ED IRREVOCABILITÀ DELL'ORDINE DI PAGAMENTO

SOMMARIO 1. Premessa. — 2. Il trasferimento elettronico di fondi e la revocabilità dell'ordine di pagamento. — 3. Le soluzioni prospettate nella legislazione comunitaria, nell'ordinamento francese ed in quello statunitense. — 4. Le interpretazioni fornite dalla dottrina di *Common Law*. — 5. L'analisi del problema secondo i principi del Codice Civile. — 6. Conclusioni.

1. PREMESSA.

In un saggio pubblicato alcuni anni or sono, un autore americano segnalava come la profonda incidenza dei nuovi mezzi informatici nei settori della finanza¹, delle comunicazioni, del commercio internazionale e dei servizi bancari avesse reso inevitabile il raffronto tra lo sviluppo tecnologico verificatosi negli ultimi anni ed il sistema normativo².

Tale fenomeno è stato avvertito anche nella nostra esperienza, dove alla sempre più estesa utilizzazione dei sistemi telematici, ha fatto riscontro un crescente interesse per la informatica giuridica³. L'impegno dell'interprete è stato, pertanto, finalizzato non solo a comprendere, sul piano sociologico, il significato ed i limiti di queste innovazioni, ma anche a regolamentarne le implicazioni di carattere giuridico, salvaguardando gli interessi degli operatori e di coloro che fruiscono dei nuovi servizi.

La dottrina che ha affrontato il problema si è giustamente sforzata, in assenza di specifiche disposizioni normative, di ricondurre il

* Il presente scritto rientra in una più ampia ricerca sulla « Disciplina giuridica dei trasferimenti elettronici di fondi » finanziata dal CNR (Contratto 87.02423.74) e diretta dal prof. Ettore Giannantonio.

¹ È sufficiente considerare la portata del c.d. *Big Bang* verificatosi nello *Stock Exchange* di Londra, dove tutte le contrattazioni sono oramai effettuate tramite *computer*.

² BUDNITZ, *The Finiky Computer, The Paperless Telex and The Fallible Swiss: Bank Technology and The Law*, *Boston College Law Review*, 1984, p. 259.

³ Tale affermazione è confortata dall'introduzione dell'insegnamento della informatica giuridica; dalla apparizione di riviste specializzate sull'argomento; dall'interesse manifestato dalla migliore dottrina.

fenomeno entro gli schemi tradizionali previsti dal Codice Civile⁴, adottando tutte le cautele imposte dalla particolarità del tema. Siffatta ricostruzione, benché corretta in linea di principio, si è talvolta scontrata con quegli aspetti della realtà informatica difficilmente inquadrabili negli istituti codificati dal legislatore, cagionando non pochi problemi di carattere interpretativo⁵.

Il problema è stato avvertito particolarmente nel settore bancario, attesa la larga utilizzazione del c.d. trasferimento elettronico di fondi che costituisce, oramai, il mezzo usualmente adottato in una serie di servizi offerti dagli istituti di credito⁶. Il ruolo assunto dal *computer*, peraltro, risulta essenziale sia nell'ambito delle operazioni internazionali (si pensi alle comunicazioni tramite Swift)⁷; sia nell'ambito di quelle quotidianamente effettuate dai privati per somme di piccola entità (il riferimento corre, ovviamente, ai servizi Bancomat e Pos)⁸.

Il costante impiego di tali sistemi ha sollevato una serie di problematiche correlate, da un lato, alla definizione strutturale del rapporto giuridico; dall'altro, alla fase patologica dello stesso (arresto del funzionamento del *computer*; revocabilità dell'ordine impartito tramite terminale; limite del risarcimento dei danni nel caso in cui l'operazione non sia stata effettuata per una *malfunction* del *computer*) ed alla eventuale utilizzazione fraudolenta del sistema da parte di terzi non autorizzati.

L'abbandono dei mezzi tradizionali di pagamento e la conseguente introduzione di nuove tecniche che consentono di effettuare ogni operazione solutoria mediante l'uso di un terminale ha, inevitabilmente, imposto di verificare la portata di tali strumenti alla luce degli istituti previsti dal codice.

L'assenza, nel nostro sistema, di una specifica normativa induce ad analizzare sia le diverse esperienze straniere che, sebbene in taluni casi solo parzialmente, hanno già regolamentato le differenti fattispecie⁹; sia il significativo intervento della Raccomandazione CEE

⁴ Tra la copiosa letteratura si segnalano GIANNANTONIO, *La manifestazione della volontà negoziale mediante l'elaboratore elettronico*, in *Banche dati e diritti della persona*, in Atti del convegno di Sciacca 9-10 novembre 1984, Milano, 1986; CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1986; GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici dei fondi e autonomia privata*, Milano, 1986; PARISE, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, 1987.

⁵ Oltre gli Autori già citati nella nota precedente si vedano, con specifico riguardo al tema del trasferimento elettronico di fondi, MACCARONE, *I trasferimenti elettronici dei fondi nel diritto italiano*, in questa *Rivista*, 1985, 605; GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi e adempimento*, in *Foro it.*, 1990, IV, p. 165.

⁶ V. gli Autori citati nella nota precedente.

⁷ Sul sistema Swift si veda COSTA, *Il credito documentario nell'era dei computers e della « smaterializzazione » dei titoli rappresentativi delle merci nel commercio internazionale*, in *Banca, borsa, titoli cred.*, 1989, I, 601. Con riguardo alla necessità di uniformare la utilizzazione di tali strumenti nel settore del commercio internazionale cfr. PATRIKIS, *Uncitral Payment efforts*, in *Brooklyn J. Int. L. Law*, 1989, 44.

⁸ Per un'analisi dei sistemi Bancomat e Pos si rinvia a MAIMERI, *Il servizio Bancomat*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1990, I, 236. I sistemi Chaps e Bacs sono descritti puntualmente da ZENO ZENCOVICH, *Clearing Houses informatizzate e irrevocabilità del pagamento*, in questa *Rivista*, 1987, p. 555.

⁹ Oltre all'EFTA statunitense si veda il Code of Practice to Cover the Issue and Use of Electronic Funds Transfer Cards della Nuova Zelanda nonché la legge francese 85-695.

emanata dalla Commissione delle Comunità Europee in data 17 novembre 1988¹⁰, cui ha fatto seguito un *Code of best practice* elaborato dalla Federazione europea degli istituti di credito¹¹.

Il presente lavoro, nel seguire il criterio d'indagine dianzi indicato, intende soffermarsi esclusivamente su una delle diverse problematiche d'ordine civilistico collegate al momento attuativo del rapporto obbligatorio in cui la banca, adempiendo l'incarico affidatogli dal proprio cliente « ordinante », effettua l'operazione richiesta mediante l'uso di un terminale. L'analisi, in particolare, sarà finalizzata a verificare l'esistenza e gli eventuali limiti di esercizio del diritto di revoca dell'ordine di pagamento impartito alla banca.

Prima di affrontare il tema ora prospettato appare opportuno precisare come il trasferimento elettronico di fondi sia configurabile, secondo la dottrina dominante¹², nelle sole ipotesi in cui la richiesta di trasferire una determinata somma di denaro (da una persona ad un'altra ovvero da un conto ad un altro intestato al medesimo soggetto) avvenga tramite l'uso di mezzi telematici. Il *computer*, in altre parole, non deve limitarsi ad impartire l'ordine di accredito od addebito¹³, ma deve effettuare direttamente lo spostamento del denaro, evitando qualsiasi ulteriore operazione contabile¹⁴.

Nell'economia del presente lavoro sarà, comunque, necessario considerare anche quei sistemi che tecnicamente non rientrano nella categoria ora menzionata (il riferimento corre, ovviamente, ai sistemi Swift o Bankwire, che rappresentano, più propriamente, delle tecniche di telecomunicazione mediante terminale), in quanto i precedenti giurisprudenziali riguardanti tali fattispecie risultano preziosi per la soluzione del problema affrontato in questa sede.

2. IL TRASFERIMENTO ELETTRONICO DI FONDI E LA REVOCABILITÀ DELL'ORDINE DI PAGAMENTO.

Se il trasferimento elettronico di fondi si struttura, come dianzi anticipato, sulla base di una richiesta formulata da un cliente ad una banca al fine di estinguere, per via telematica, un proprio debito ovvero trasferire alcuni fondi da un conto ad un altro, fino a quale momento l'istruzione impartita risulta revocabile? L'interrogativo rive-

¹⁰ Sul punto si segnala il commento di D'ORAZIO, *Raccomandazione 17 novembre 1988 concernente i sistemi di pagamento, in particolare il rapporto tra il proprietario della carta e l'emittente della carta*, in questa Rivista, 1989, p. 761 ss.

¹¹ Il *Code* è commentato da D'ORAZIO, *Il codice europeo di autodisciplina bancaria sul pagamento elettronico*, in questa Rivista, 1990, p. 863 ss.

¹² GIANNANTONIO, *op. ult. cit.*, p. 165, ed ivi ampie citazioni bibliografiche.

¹³ Come avviene nei sistemi Swift o Bankwire che, come illustrato più oltre nel testo, rivestono una fondamentale importanza nelle operazioni commerciali internazionali.

¹⁴ Nei sistemi *on line* le operazioni di addebito e di accredito dei conti vengono effettuate pressoché simultaneamente; in quelli *off line*, viceversa, si rende necessaria una ulteriore attività contabile. Il sistema Bancomat precedentemente strutturato sul metodo *off line*, ha recentemente adottato quello *on line*. Sul punto MAIMERI, *op. cit.*, p. 238.

ste una importanza determinante per i risvolti pratici che possono verificarsi nel concreto svolgimento di tali operazioni¹⁵. A titolo meramente esemplificativo, è sufficiente ricordare gli acquisti conclusi tramite i *Points of sale*¹⁶, che consentono di effettuare il pagamento attraverso un accredito elettronico utilizzando un terminale installato presso l'esercizio commerciale. Ebbene, in tal caso, il consumatore che riscontri l'esistenza di vizi nella merce acquistata è legittimato a bloccare l'ordine già impartito alla banca?¹⁷.

La soluzione del problema, come è evidente, non è di poco momento attesa la necessità di garantire una adeguata tutela al cliente-consumatore, senza per questo annullare l'utilità del sistema di pagamento, privandolo di una qualsiasi certezza laddove fosse riconosciuto un potere di revoca illimitato.

3. LE SOLUZIONI PROSPETTATE NELLA LEGISLAZIONE COMUNITARIA, NELL'ORDINAMENTO FRANCESE E IN QUELLA STATUNITENSE.

La problematica va, anzitutto, affrontata tenendo conto delle soluzioni prospettate nella già richiamata raccomandazione CEE, nonché in alcuni ordinamenti stranieri.

Con riguardo alla prima¹⁸, giova rilevare come l'undicesimo considerando affermi esplicitamente « (...) che le istruzioni di pagamento comunicate elettronicamente da un contraente proprietario devono essere irrevocabili, in modo che il pagamento effettuato in questo modo non sia annullato (...) »; mentre l'art. 4.1 dell'Allegato che integra la Raccomandazione stessa ribadisce che le condizioni generali di contratto regolanti le operazioni di cui all'art. 1 (pagamenti, elettronici e non effettuati mediante carta; ritiro di banconote, loro deposito ed operazioni connesse; pagamento elettronico effettuato senza l'uso di una carta) debbono prevedere, a carico del contraente che intenda utilizzare i servizi offerti dagli istituti di credito, l'obbligo « (...) di non revocare un ordine che ha dato per mezzo dello strumento di pagamento (...) ».

L'impostazione, il cui effetto principale è quello di svincolare il momento attuativo dell'obbligazione dal rapporto sottostante, assi-

¹⁵ Segnalano il problema GIANNANTONIO, *op. cit.*, p. 173 e D'ORAZIO, *op. ult. cit.*, p. 882.

¹⁶ Sulla disciplina dei *Points of Sale* cfr. MAIMERI, *op. cit.*, p. 257.

¹⁷ L'interrogativo può riproporsi anche

in fattispecie più complesse, peraltro già verificatesi nella esperienza statunitense sulla quale v. oltre.

¹⁸ Per il commento si rinvia a D'ORAZIO, *op. cit.*, p. 761 ss.

curando così piena certezza al metodo di pagamento, è stata integralmente recepita dal codice di autoregolamentazione elaborato dalla Federazione bancaria della Comunità Europea¹⁹. L'art. 6 lett. e) recita, infatti: « The terms shall put the cardholder under an obligation not to countermand an order which he has given by means of his card », rendendo, così, irreversibile l'ordine impartito a mezzo terminale.

Il rigoroso orientamento che emerge dalla lettura delle proposte dianzi illustrate²⁰, va, tuttavia, interpretato alla luce dello schema di direttiva CEE²¹, il quale, pur considerando l'esigenza di rispettare il principio della « irrevocabilità dell'ordine », individua, in via alternativa, due momenti che potrebbero segnare il termine ultimo concesso all'utente per revocare le istruzioni già inoltrate tramite il *computer*: la ricezione dell'ordine da parte della persona incaricata; l'inizio della esecuzione della operazione volta ad effettuare il pagamento (o, a seconda delle ipotesi, il trasferimento dei fondi da un conto all'altro dello stesso soggetto). Quest'ultima soluzione, oltre a tutelare in modo più adeguato gli interessi degli utenti, identificando il momento oltre il quale l'ordine diviene immodificabile, consente, a differenza della prima, un margine di interpretazione piuttosto ampio, in quanto non viene specificamente stabilito che cosa debba intendersi per: « first step in the action required for effecting the payment », risultando a tal riguardo essenziale il ricorso alla prassi bancaria adottata nelle diverse operazioni (stanze di compensazione; trasferimento effettuato *on line* o *off line*)²². La indeterminatezza di questo aspetto così rilevante ha indotto la dottrina a ritenere indispensabile, in una prospettiva *de jure condendo*, la regolamentazione di tutti i momenti attraverso i quali si snoda il trasferimento elettronico di fondi e, segnatamente: a) dei poteri attribuiti alla banca « pagante » nel lasso di tempo intercorrente tra la ricezione dell'ordine e l'effettuazione dell'accredito nonché tra quest'ultima operazione e l'effetti-

¹⁹ Si veda la citazione della nota n. 11.

²⁰ Va ricordato, per dovere di completezza, che né la Raccomandazione CEE, emanata allo scopo di adeguare e rendere omogenee le condizioni contrattuali praticate dagli istituti di credito senza dover ricorrere ad una apposita direttiva; né il Codice di autodisciplina hanno trovato allo stato concreta attuazione.

²¹ Sulla quale si veda GIANNANTONIO, *op. cit.*, pp. 169 e 174. Il testo dell'art. 11 è il seguente: « Where an order for payment is communicated, by means of a card or other means of access to a payment system, by the customer to the person who is required to make the payment, the order shall be irrevocable:

first variant-upon receipt by that person;
second variant-from the time when that person takes the first step in the action required for effecting the payment ».

²² Si segnalano sul punto le riflessioni di GIANNANTONIO, *op. cit.*, p. 174. L'importanza del concreto svolgimento delle operazioni bancarie è avvertita anche da ELLINGER, *The Giro System and Electronic Transfers of Funds*, in *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.*, 1986, p. 178 ss.; ARORA, *Electronic Banking and the Law*, London, 1988, p. 49 ss.; GOODE, *Electronic Funds Transfer as an Immediate Payment System*, in *Electronic Banking, The Legal Implications*, London, 1985, p. 15 ss.

vo pagamento; b) del momento in cui deve ritenersi adempiuto l'obbligo di « accredito elettronico » (se, cioè, sia sufficiente il solo accredito od anche il concreto pagamento); c) ed, infine, del potere di revoca attribuito al cliente successivamente alla formulazione dell'ordine²³.

Se nell'ambito comunitario la problematica non è stata definitivamente risolta (sebbene la tendenza sia quella di escludere, per ovvii motivi, un indiscriminato potere di revoca) alcuni ordinamenti stranieri, pur non regolando in maniera organica tutte le operazioni astrattamente attuabili, hanno, perlomeno in parte, affrontato il tema in questione.

Al riguardo, va segnalata l'importanza della legge francese n. 85-685 dell'11 luglio 1985 che, nell'art. 22, esclude la revocabilità dell'ordine di pagamento effettuato tramite una *carte de paiement*, stabilendo la possibilità per l'ordinante di interporre una opposizione giudiziale nei soli casi in cui si sia verificato lo smarrimento od il furto della carta, ovvero laddove il beneficiario della *solutio* sia stato sottoposto a *redressement ou liquidation judiciaires* (e, cioè, nella ipotesi di procedure concorsuali instaurate a suo carico)²⁴.

Tale indirizzo legislativo è stato, tuttavia, criticato dalla dottrina. Una tesi minoritaria, configurando l'*ordre de paiement* alla stregua di un mandato, ritiene che la irrevocabilità dell'ordine contrasterebbe con il diritto del mandante di revocare in qualsiasi momento l'incarico affidato al mandatario²⁵; altri autori, invece, ammettendo la possibilità di proporre opposizione al pagamento anche in virtù di motivazioni estranee a quelle previste *ex lege* (smarrimento o furto della carta; procedura concorsuale nei confronti del beneficiario), sostengono che la banca « ordinante » potrebbe sospendere l'esecuzione del pagamento in attesa della definizione della controversia giudiziale promossa dal cliente²⁶.

Le soluzioni ora prospettate, sebbene coerenti in relazione ai principi di diritto applicati, non appaiono pienamente condivisibili in ragione del concreto svolgimento delle operazioni elettroniche. Infatti, a prescindere dalla circostanza che la legge n. 85-695 regola esclusivamente gli ordini di pagamento effettuati per mezzo di una « carta » (rimarrebbero, quindi, prive di regolamentazione tutte le ipotesi

²³ Per alcune soluzioni proposte in dottrina si veda D'ORAZIO, *op. cit.*, p. 775.

²⁴ Con riguardo alla legge francese del 1985 si vedano A. BERTRAND e P. LE CLECH, *La pratique du droit de des cartes*, Bruxelles, 1988, p. 224; HUET, *Dossier monétique: Relations entre établissement financiers, commerçants et porteurs de carte de paiement*, in *Droit de l'informatique*, 1986, p. 117; MARTIN, *Analyse juridique du règlement par carte de paiement*, in *Rec. Dalloz*, 1987, Ch., p.

51; N. L'HEREUX, *Le transfert électronique de fonds en regard du contrat bancaire*, in 65 *Rev. du barreau canadien*, p. 154 (1986).

²⁵ Così TRINQUET, *Paiement par carte: l'irrevocabilité*, *Banquette*, 1985. Contra: VASSEUR, *Le paiement électronique. Aspects juridiques*, in *J.C.P.*, 1985, I, 3206 e HUET, *op. cit.*, p. 117.

²⁶ VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé française*, *Libraires techniques*, 1983, n. 168.

che prescindono da tale mezzo di accesso al *computer*), va precisato che i tempi di accredito risultano così veloci da escludere in radice un rifiuto di adempimento della banca « ordinante » (mandataria) fondato sulla precedente instaurazione di un giudizio di opposizione da parte del cliente. Il principio della libera revocabilità del mandato potrebbe, inoltre, essere agevolmente superato qualora il mandante rinunzi esplicitamente a tale diritto ovvero il rapporto venga configurato come un mandato *in rem propriam*²⁷.

Il trasferimento elettronico di fondi trova, invece, una organica e compiuta regolamentazione nel sistema statunitense grazie all'*Electronic Fund Transfers Act*²⁸. In tale contesto il c.d. *stop payment right* è previsto in due particolari ipotesi: il par. 905 n. 5 ed il par. 907 lett. a) e b), stabiliscono che tale facoltà è riconosciuta al *consumer* nei casi di *preauthorized transfers* effettuati sia periodicamente che in modo isolato²⁹.

A ciò va aggiunto che il *Truth of Lending Act* del 1968, regolante i pagamenti effettuati a mezzo carta di credito, consente, in taluni casi, di operare lo *stop payment right*, laddove il fornitore abbia completamente omesso la consegna della merce ovvero quest'ultima risulti viziata³⁰.

Al di là delle particolari ipotesi ora enunziate, il cui ambito risulta invero circoscritto con riferimento al caso dei *preauthorized payments*, anche l'EFTA non prevede un generale potere di revoca, sebbene il problema sia stato più volte affrontato dalla dottrina e risolto, spesso in modo contrastante, dalle corti statunitensi³¹.

La panoramica legislativa precedentemente illustrata lascia trasparire la generale tendenza ad escludere la revocabilità dell'ordine di pagamento. Le ragioni di tale orientamento, nonostante gli esempi formulati appartengano ad aree normative assolutamente eterogenee, possono ricondursi ad una serie di motivazioni dettate, in taluni casi, oltreché da precise scelte di politica legislativa, anche da uno specifico fondamento giuridico.

²⁷ Si veda VASSEUR, *op. cit.*, p. 3206 e, con specifico riguardo al mandato *in rem propriam*, la giurisprudenza francese Com. 10 fevr. 1975, in *Bull. civ.*, IV, n. 39; Com. 7 juill. 1983, *ibid.*, IV, n. 209.

Ci sia consentito un breve riferimento alla prassi bancaria inglese che effettua una notevole quantità di trasferimenti elettronici per mezzo delle *clearing houses*. Rinviamo a ZENO ZENCOVICH, *op. cit.*, per l'analisi dello svolgimento delle operazioni, va comunque sottolineato che anche in tal caso vi è la tendenza ad ammettere la revocabilità dell'ordine sino al momento in cui non sia iniziata l'operazione contabile di trasferimento. Sull'esperienza inglese e sulla applicabilità dei principi della *Law of Agency* cfr. *sub par.* 4.

²⁸ Sull'EFTA cfr. nella dottrina italiana GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi ed autonomia privata*, Milano, 1986.

²⁹ Si veda GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi e adempimento*, cit., p. 174.

³⁰ SCOTT, *Consumer Protection and Payment Systems: Regulatory Policy For the Technological Era*, in 98 *Harvard L.R.*, p. 1878 (1985). Lo stesso Autore, segnalando la proposta inserita nello UNPC relativa agli ordini di accredito inferiori a \$ 50, propende per un ampliamento del potere di revoca attribuito al *consumer*.

³¹ Su queste interpretazioni e sui precedenti giurisprudenziali inglesi e statunitensi cfr. il par. 4.

La « certezza » del rapporto e la sicurezza del sistema di pagamento, per esempio, risultano solo in parte compatibili con il principio della revocabilità dell'ordine impartito alla banca. È, infatti, inevitabile che il legislatore, pur considerando le esigenze dei consumatori, sia orientato a favorire l'affidabilità del sistema, tutelando in maniera adeguata, da un lato, coloro che offrono il servizio (*recte*: gli istituti di credito); dall'altro, coloro che risultano essere i beneficiari del pagamento eseguito attraverso le nuove tecniche (fornitori, esercenti commerciali presso i quali devono essere installati i *Points of sale* ecc.). Seguendo un diverso indirizzo normativo, l'attuazione del rapporto obbligatorio verrebbe conseguenzialmente pregiudicata laddove il debitore — ordinante fosse libero di revocare in ogni momento l'ordine impartito³².

Nel valutare gli interessi dei soggetti coinvolti nel rapporto non deve, inoltre, essere trascurato l'obbligo che può essere assunto direttamente dalla banca nei confronti del creditore (nel caso costui intrattenga un c/c presso il medesimo istituto del debitore).

L'ammissibilità della revoca delle istruzioni, difatti, oltre a danneggiare il beneficiario della *solutio*, esporrebbe la stessa mandataria (banca) ad un'azione di adempimento promossa nei suoi confronti dal creditore (o dalla sua banca), qualora l'impegno sia stato già assunto verso quest'ultimo³³.

L'ammissibilità ed i limiti del potere di revoca debbono, infine, essere valutati in relazione all'interesse del creditore che accetti di essere soddisfatto mediante un trasferimento elettronico di fondi³⁴. L'ampliamento dei margini di modificabilità dell'ordine potrebbe pregiudicare irrimediabilmente i diritti del beneficiario, in ipotesi costretto a subire il rifiuto del pagamento da parte della banca incaricata, qualora l'ordinante-debitore abbia addotto ragioni, anche pretestuose, che impediscono di provvedere al regolare adempimento della obbligazione contratta. La banca, infatti, in presenza di un potere di revoca riconosciuto al debitore in ordine all'incarico di trasferimento dei fondi, sarebbe del tutto libera di non pagare il creditore nel caso in cui intervenisse la disdetta della operazione. Tale soluzione, quindi, incrementerebbe notevolmente i rischi assunti dal creditore, con la conseguenza di incidere in modo negativo sulla effettiva utilizzazione delle nuove tecniche di pagamento.

³² Risultano a questo riguardo significative le riflessioni di L'HEREUX, *La libération du débiteur et les nouveaux instruments de paiement*, in *Les Cahiers de droit*, 1989, p. 910 ss. circa l'obbligo del creditore di accettare il pagamento effettuato attraverso i nuovi metodi telematici.

³³ L'ipotesi potrebbe verificarsi, ad

esempio, nel caso in cui il debitore ed il creditore intrattengano rapporti di conto corrente con la medesima banca.

³⁴ Non sempre, infatti, gli operatori commerciali accettano i pagamenti effettuati « elettronicamente ». Lo sviluppo di tali servizi è, quindi, legato anche ad una adeguata tutela dell'interesse creditorio.

4. LE INTERPRETAZIONI FORNITE DALLA DOTTRINA DI *COMMON LAW*.

Queste considerazioni sono sufficienti per sostenere che l'attribuzione di un illimitato potere di revoca dell'ordine di pagamento contrasterebbe non solo con le evidenti ragioni di opportunità pratica, ma anche con alcuni principi di diritto privato che regolano la fattispecie in questione. Risulta, quindi, essenziale analizzare la struttura del rapporto al fine di verificare quali siano i limiti entro i quali può essere validamente esercitato dal debitore-ordinante un diritto di revoca della richiesta inoltrata alla propria banca.

Dalle tesi formulate in dottrina, si può ricavare che le differenti impostazioni derivano, in gran parte, dal modo di configurare il rapporto banca-cliente e dai differenti sistemi operativi utilizzati nella prassi bancaria per provvedere al trasferimento elettronico dei fondi³⁵.

Nei paesi di *Common Law*, dove il tema è stato particolarmente approfondito, si è concordi nel ritenere che l'ordine impartito dal debitore-ordinante non dia luogo ad un *trust*, in quanto inidoneo a creare un vincolo di destinazione sui fondi che risulti strumentale alla soddisfazione dell'interesse del beneficiario³⁶.

La fattispecie, peraltro, non può neanche essere qualificata come uno *statutory assignment* o un *equitable assignment*. Questa tesi, invero, sembra prevalente nel sistema inglese laddove, con riguardo allo *statutory assignment*, il disposto della Section 136 della Law of Property Act (che, similmente a quanto previsto dal nostro codice, rende opponibile al debitore il mutamento del soggetto attivo del rapporto obbligatorio solamente nel caso in cui vi sia una *notice in writing of the assignment*)³⁷, impedisce il trasferimento parziale del credito vantato dall'*assignor* (il debitore ordinante) nei confronti del *debtor* in capo all'*assignee* (il beneficiario)³⁸. Situazione che, al contrario, si verifica normalmente, essendo solo ipotetica l'eventualità di un ordine di trasferimento avente ad oggetto l'intero ammontare delle somme depositate presso la banca dal cliente.

Lo schema dell'*assignment* va, inoltre, escluso tutte le volte in cui la richiesta di trasferimento sia effettuata nei confronti di un istituto di credito con il quale non intercorra alcun rapporto contrattuale (conto corrente, deposito ecc.), non essendo in tal caso configurabile una precedente posizione giuridica attiva nella quale *potrebbe* succe-

³⁵ L'opinione è di ELLINGER, *op. cit.*, p. 206 ed ARORA, *op. cit.*, p. 49.

³⁶ Cfr. ARORA, *op. cit.*, p. 50.

³⁷ ARORA, *op. cit.*, p. 51.

³⁸ ELLINGER, *op. cit.*, p. 198 nonché in giurisprudenza Walter & Sullivan Ltd. v. Murphy & Sons, 2Q.B., 584 (1955).

dere il beneficiario³⁹. Non sembra, del pari, configurabile un *equitable assignment*⁴⁰, in quanto la successione nella *chose in action* risulterebbe preclusa dal fatto che la banca, nella maggior parte dei casi, non è un debitore del cliente⁴¹.

La tesi pressoché prevalente è, invece, incline a ricondurre la fattispecie nell'ambito del contratto di mandato, essendo il rapporto cliente-banca del tutto assimilabile a quello intercorrente tra il *principal* e l'*agent*⁴² in quanto « (...) The transferring bank, as agent, is obliged to carry out the instruction given to it (...) »⁴³.

La individuazione della *natura iuris* che caratterizza il trasferimento elettronico di fondi e la conseguente applicazione della disciplina della *law of agency* contribuiscono, senza dubbio, alla soluzione del quesito dianzi sollevato. La dottrina, infatti, sul presupposto che la richiesta del cliente si risolve in un incarico affidato alla banca mandataria per assolvere ad un particolare servizio (il semplice trasferimento dei fondi da un conto ad un altro ovvero l'adempimento di una obbligazione contratta dal cliente), sostiene che l'ordine impartito sia revocabile: *a*) sino a quando la banca non si è impegnata nei confronti di un terzo (*id est* la banca del creditore ovvero il creditore stesso) ad effettuare il pagamento⁴⁴; *b*) sino a quando la banca non ne abbia preso conoscenza, nel caso in cui la stessa si sia preventivamente obbligata, in virtù di un precedente rapporto, ad eseguire talune operazioni richieste dalla clientela ed il beneficiario del trasferimento intrattenga un rapporto di *c/c* con il medesimo istituto di credito⁴⁵. In quest'ultima ipotesi, pertanto, la coincidenza esistente tra la *transferring bank* e la *paying bank* riduce ulteriormente lo spazio temporale entro cui può essere validamente esercitato il diritto di revoca.

In entrambi i casi ora prospettati, la particolare tecnica utilizzata per effettuare il pagamento fa sì che quest'ultimo debba intendersi effettivamente realizzato qualora i fondi siano stati resi « disponibili » nei confronti della *recipient bank* ovvero, con riguardo alla seconda ipotesi, la banca abbia già intrapreso l'operazione di accredito⁴⁶.

³⁹ ELLINGER, *op. loc. cit.*

⁴⁰ Sulla disciplina dell'*assignment v. SMITH and KEENAN's, English Law*, Ninth Edition, London, 1989, p. 464 ss.

⁴¹ ELLINGER, *op. cit.*, p. 151. Diversamente, tuttavia, in *Delbrueck v. Manufacturers Hanover Trust Co.*, 609 F. 2d 1047, 1051 (1979). Cfr., inoltre, ARORA, *op. cit.*, p. 51 che sottolinea come la banca non sia direttamente obbligata nei confronti del beneficiario in virtù dell'ordine ricevuto.

⁴² La tesi è assolutamente prevalente. A titolo esemplificativo cfr. gli Autori citati nelle note precedenti.

⁴³ ELLINGER, *op. cit.*, p. 199.

⁴⁴ ARORA, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁵ ELLINGER, *op. cit.*, p. 206 individua sei diversi momenti in cui il pagamento può ritenersi effettuato e, quindi, irrevocabile.

⁴⁶ ELLINGER, *op. cit.*, pp. 208-211 ed ARORA, *op. cit.*, p. 60.

5. L'ANALISI DEL PROBLEMA SECONDO I PRINCIPI DEL CODICE CIVILE.

Se la tesi del contratto di mandato sembra aver avuto un notevole seguito anche nel sistema francese in virtù della introduzione della già ricordata Loi 85-865, la soluzione prospettabile nell'ordinamento italiano non può essere la medesima, attesa la possibilità di applicare alla fattispecie in questione, almeno in talune ipotesi, gli istituti previsti dal nostro codice o, in alternativa, determinati schemi contrattuali già conosciuti nella prassi bancaria.

La struttura trilaterale del trasferimento elettronico consente di assimilarlo ad un rapporto delegatorio⁴⁷ che a volte può essere collegato con una operazione di bancogiro⁴⁸ laddove, come usualmente avviene, l'ordinante ed il beneficiario intrattengano un rapporto di conto corrente con il medesimo ovvero con due distinti istituti di credito. Nel nostro sistema, pertanto, l'interprete, analizzando la tematica in questione, è costretto a confrontarsi con la disciplina della delegazione, con quella del bancogiro ed, ovviamente, con quella del mandato, giusta il significativo richiamo formulato dall'art. 1856 cod. civ. Giova, tuttavia, precisare che il rapporto può assumere diverse configurazioni giuridiche, correlate al contenuto dell'obbligo gravante sulla banca. Quest'ultima, infatti, può impegnarsi nei confronti del proprio cliente mediante: a) una delegazione allo scoperto⁴⁹; b) una delegazione su debito indipendente da operazioni di bancogiro, che si risolve, prevalentemente, in una *delegatio solvendi* (anche se non deve essere esclusa l'ipotesi di una *delegatio promittendi*, laddove, per esempio, la banca si obblighi a pagare il creditore dopo un certo termine)⁵⁰; c) una operazione di bancogiro, rispetto alla quale l'istituto di credito è obbligato ad effettuare la prestazione, non operando, in tal caso, il disposto di cui all'art. 1269 cod. civ.⁵¹

⁴⁷ GIANNANTONIO, *op. cit.*, p. 168. Nella vasta letteratura in tema di delegazione segnaliamo BIGIARI, *La delegazione*, Padova, 1940; NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Messina, 1932; RESCIGNO, *Delegazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 929; GRECO, *Delegazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig.*, V, Torino, 1968, 327; MAGAZZÙ, *Delegazione*, in *Dig. disc. priv.*, Sezione civile, V, Torino, 1988, 155.

⁴⁸ Sul bancogiro si veda CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979; FERRI, *Bancogiro*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 32 ss.

⁴⁹ In questa ipotesi il rapporto con lo

schema del mandato appare, senza dubbio, più intenso in quanto il cliente ordinante non vanta un precedente credito nei confronti della banca mandataria.

⁵⁰ Tale configurazione presuppone, ovviamente, il richiamo alla nozione di delegazione pura che si profila laddove l'impegno ad estinguere l'obbligazione risulti svincolato dal rapporto di provvista, cosicché il delegato non è legittimato ad opporre al delegatario le stesse eccezioni opponibili al delegante, giusta il disposto di cui all'art. 1271 cod. civ.

⁵¹ Questa tripartizione è suggerita da GIANNANTONIO, *op. cit.*

L'esistenza di un precedente rapporto instaurato dalla banca con il cliente, le modalità di esecuzione dell'obbligo assunto ed il concreto svolgimento delle operazioni di trasferimento elettronico, incidono inevitabilmente sul potere di revoca dell'ordine di pagamento, in considerazione delle diverse discipline che regolano le fattispecie dianzi indicate.

Nel caso della delegazione « allo scoperto », la caratteristica peculiare è costituita dal fatto che l'ordinante non è un creditore della banca⁵². Tale circostanza consente di assimilare il momento autorizzativo, mediante il quale viene impartito l'ordine, ad un vero e proprio mandato⁵³, in esecuzione del quale il mandatario (banca) esegue la prestazione richiesta. L'accordo che interviene tra il cliente e l'istituto di credito ordinante costituisce, in definitiva, una fase strumentale, indipendente da qualsiasi altro rapporto esistente tra le parti, rispetto all'attuazione del rapporto obbligatorio od all'impegno che la banca stessa può assumere verso il creditore⁵⁴.

Applicando questi principi al tema oggetto dell'indagine possiamo constatare che il limite concesso al potere di revoca è regolato sia dall'art. 1270 cod. civ. (che disciplina in via esclusiva la fattispecie indicata *supra* con la lett. b); che dal disposto degli artt. 1723 ss. cod. civ. Da ciò discende che l'ordinante, oltre a non poter revocare l'ordine nelle ipotesi previste dall'art. 1270 cod. civ. (assunzione dell'obbligazione nei confronti del delegatario o esecuzione dell'incarico), incontra due ulteriori limiti nel principio della revoca per giusta causa e nello schema del mandato *in rem propriam*. L'art. 1723 comma 2 cod. civ., infatti, dispone la irrevocabilità dell'incarico nei casi in cui l'esecuzione del mandato sia finalizzata a realizzare un interesse del mandatario o di un terzo. Interessi ravvisabili, nel nostro caso, nella possibilità, per la banca, di acquisire notevoli vantaggi, sul piano economico e su quello dell'immagine commerciale, dalla offerta di particolari servizi; e per il terzo, di ottenere in tempi brevi il pagamento del proprio credito⁵⁵.

⁵² Sulla configurazione della c.d. delegazione allo scoperto si vedano BIGIARI, *op. cit.*, p. 154 e SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 101; RESCIGNO, *op. cit.*, p. 942. Per una ipotesi di incarico di pagamento affidato ad una banca cfr. Cass. 11 marzo 1976, n. 848, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1284.

⁵³ Questa impostazione aderisce alla c.d. teoria atomistica della delegazione che scompone in tre fasi distinte i rapporti intercorren-

ti tra delegante, delegato e delegatario. Sul punto cfr. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 937.

⁵⁴ Sembrerebbe, in tal caso, applicabile la nozione di negozio preparatorio utilizzata da SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, nona ed., p. 216.

⁵⁵ Sull'interesse del terzo cfr. Cass. 5 marzo 1980, n. 1483, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1294 e, sebbene con riguardo ad una ipotesi di vendita su documenti, Cass. 10 giugno 1983, n. 3992, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2943.

D'altro canto l'art. 1725 cod. civ., limitando le prerogative accordate al mandante, obbliga quest'ultimo a risarcire i danni in favore del mandatario ove il primo, in presenza di un incarico conferito per un determinato *affare*, revochi il mandato, antecedentemente all'esecuzione, senza che sussista una giusta causa⁵⁶.

Minori problemi si profilano, invece, qualora lo schema adottato sia quello della delegazione « su debito ». La struttura del rapporto può, in tal caso, essere ricondotta nell'ambito della *delegatio promittendi*, se la banca si obbliga ad eseguire la prestazione in favore del creditore (questa sembra essere l'ipotesi meno frequente)⁵⁷; ovvero della *delegatio solvendi* (come avviene solitamente) qualora l'istituto di credito provveda direttamente all'estinzione del debito⁵⁸. In entrambi i casi il potere di revoca dell'ordinante sarà circoscritto entro i limiti fissati dall'art. 1270 cod. civ. e, cioè: l'assunzione dell'obbligo da parte del delegato nei confronti del delegatario, nella *delegatio promittendi*; l'esecuzione dell'ordine, nella *delegatio solvendi*.

Può, tuttavia, verificarsi una conversione della delegazione di pagamento in delegazione *promittendi*, qualora il delegato (*recte*: la banca) *accetti* espressamente l'incarico affidatogli, impegnandosi direttamente nei confronti del delegatario⁵⁹. Siffatto mutamento produce importanti conseguenze per il tema affrontato, poiché « (...) la *delegatio solvendi* accettata dal delegato diviene irrevocabile (...) »⁶⁰.

L'ipotesi di trasferimento elettronico di fondi che più frequentemente si verifica nella pratica è quella dell'ordine di pagamento effettuato mediante bancogiro⁶¹. Questo può essere realizzato sia mediante l'emissione di un assegno (ipotesi esulante dall'oggetto della nostra indagine)⁶²; sia mediante il c.d. ordine di giro (effettuabile anche elettronicamente), che risulta suscettibile di revoca sino al momento della effettiva esecuzione⁶³.

Prendendo in considerazione la seconda delle due ipotesi, in quanto naturalmente correlata al trasferimento elettronico, si prospetta la necessità di individuare il momento in cui l'ordine viene eseguito.

⁵⁶ Per il concetto di giusta causa nella ipotesi di revoca del mandato si vedano oltre a Cass. 10 giugno 1983, n. 3992, cit., Cass. 15 novembre 1968, n. 3741, in *Giust. civ.*, 1969, I, 196 e Cass. 8 febbraio 1974, n. 368, in *Giur. it.*, Mass., 1974.

⁵⁷ Si vedano sul punto le considerazioni di BIANCA, *Diritto civile, Le obbligazioni*, Milano, 1990, p. 304, nota n. 96.

⁵⁸ Sulla struttura della *delegatio solvendi* v. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 939 ss.

⁵⁹ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 931.

⁶⁰ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 944 nonché BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI e NATOLI, *Diritto civile, Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 205 che richiamano, tra l'altro, anche la Relazione al Codice n. 587.

⁶¹ Si veda, con riguardo ai pagamenti effettuati a mezzo Pos, MAIMERI, *op. cit.*, p. 257.

⁶² GIANNANTONIO, *op. cit.*, p. 173 nota 29.

⁶³ Per la dottrina in tema di bancogiro si rinvia agli Autori citati nella nota n. 48.

La teoria tradizionale⁶⁴ è incline a ritenere che l'obbligazione viene estinta solamente al termine dell'operazione di accredito del conto del beneficiario, in quanto l'addebitamento preventivo è destinato a produrre effetti solamente nel rapporto che lega la banca al cliente⁶⁵. Questa tesi, però, contrasta con quella, prevalente in altri sistemi, che fa coincidere il momento solutorio con quello in cui la banca « beneficiaria » riceve l'istruzione da parte della banca « ordinante »⁶⁶. Va, infatti, precisato che sebbene la somma trasferita risulti disponibile per il creditore solo in seguito all'annotazione sul conto, l'ordine impartito dal debitore diviene di per sé irrevocabile nel momento in cui l'*input* è trasmesso alla banca del creditore stesso⁶⁷.

6. CONCLUSIONI.

Le soluzioni sinora prospettate, pur coerenti con gli schemi previsti dal nostro codice, non possono essere applicate *tout court* nel caso di trasferimento elettronico di fondi. Come già anticipato⁶⁸, le concrete modalità di esecuzione del rapporto obbligatorio effettuato tramite i mezzi telematici, incidono inevitabilmente sulla scelta della disciplina applicabile alla fattispecie⁶⁹.

Se, infatti, sul piano strutturale, si registra una sostanziale identità tra le operazioni svolte nella pratica e le figure codificate o, quantomeno, adottate nella prassi bancaria; sul piano funzionale, la singolarità del fenomeno dell'*electronic fund transfer*, cagiona notevoli problemi interpretativi che inducono ad estendere le soluzioni illustrate nel precedente paragrafo alle nuove tecniche di pagamento, valutando la necessità di introdurre gli opportuni adattamenti dettati dalle esigenze di ordine pratico e dalla velocità con la quale vengono (o quantomeno dovrebbero essere) effettuate le operazioni in esame.

Ove, infatti, si consideri che i trasferimenti *on line* sono pressoché simultanei all'ordine impartito, risulta evidente che la possibilità di revoca viene praticamente annullata⁷⁰ e che talune delle soluzioni

⁶⁴ CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 161.

⁶⁵ Per un recente intervento giurisprudenziale in tema di operazioni di accredito su conto corrente si veda Cass. 26 luglio 1989, n. 3507, in *Foro it.*, 1990, I, 128 con nota di Carriero nonché, con riguardo al tema del trasferimento elettronico, Trib. Verona 16 febbraio 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 2972 con nota di Caso che, sebbene marginalmente, formula alcune considerazioni sul concreto svolgimento delle operazioni elettroniche.

⁶⁶ ELLINGER, *op. cit.*, pp. 206 e 208.

⁶⁷ Il rilievo assume un particolare significato alla luce della recente sentenza della Cass. 26 luglio 1989, n. 3507, cit. secondo cui la banca è obbligata ad effettuare le operazioni di addebito ed accredito con la massima rapidità consentita dai mezzi tecnici utilizzati.

⁶⁸ Cfr. *sub*, par. 1.

⁶⁹ Si veda ARORA, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁰ Conformemente L'HEREUX, *op. ult. cit.*, p. 923.

prosperitate apparirebbero assolutamente inadeguate a regolamentare il fenomeno⁷¹.

Tali considerazioni hanno, molto probabilmente, ispirato la Raccomandazione CEE che esclude la revocabilità degli ordini di pagamento effettuati mediante sistemi elettronici, pregiudicando, tuttavia, le esigenze dei consumatori e ponendosi in contrasto con tutte quelle interpretazioni *consumer oriented* che hanno caratterizzato la legislazione comunitaria⁷². La proposta di direttiva CEE, peraltro, sembra tenere in maggior conto questo tipo di interessi, in quanto la seconda opzione proposta (vedi *sub*, par. 2), attribuisce all'ordinante un ambito di disponibilità più ampio in ordine alle istruzioni impartite⁷³. Solo in questo modo, infatti, sarebbe possibile aggirare l'ostacolo costituito dalla dinamica del rapporto banca-cliente e dalla asserita autonomia del rapporto sottostante (per intenderci quello di fornitura che può intercorrere tra il beneficiario del pagamento e l'ordinante) rispetto alla fase estintiva della obbligazione, attribuendo al debitore un potere, seppure minimo, di revocare l'ordine di trasferimento (nel caso in cui, ad esempio, la merce acquistata sia affetta da vizi)⁷⁴.

Il rimedio prospettato dall'ordinamento statunitense attraverso lo *stop payment right*, potrebbe, del resto, trovare attuazione nel nostro sistema applicando il principio dell'*inadimplenti non est adimplendum* previsto dall'art. 1460 cod. civ. Il medesimo risultato sarebbe, inoltre, raggiunto, aderendo a quell'indirizzo giurisprudenziale che ha ritenuto legittima la revoca per giusta causa di un mandato conferito alla banca per effettuare il pagamento in favore di un terzo, nel caso in cui la merce alienata da quest'ultimo risulti viziata o priva delle qualità normalmente sussistenti⁷⁵.

Non sembrano, infine, da trascurare le soluzioni proposte da una parte della dottrina statunitense al fine di assicurare ai clienti-consumatori un più vasto margine di tutela. La banca, secondo questa impostazione, potrebbe, a fronte di un maggiore compenso per il servizio prestato, riconoscere all'utente un potere di revoca più esteso (specie nel caso di merce viziata) accollandosi direttamente l'obbligo nei confronti del creditore e riservandosi la possibilità di ripetere la somma versata laddove venisse accertata in sede giudiziale la insussi-

⁷¹ A ben vedere una eccezione potrebbe essere costituita dagli ordini c.d. allo scoperto, in quanto i tempi di esecuzione possono risultare più lunghi posto che non esiste un precedente rapporto tra banca e cliente. Quest'ultimo, infatti, potrebbe affidare ad una banca l'incarico di effettuare un particolare trasferimento di fondi collegato ad una singola operazione commerciale.

⁷² Sul punto si veda D'ORAZIO, *op. ult. cit.*, p. 863.

⁷³ Cfr. GIANNANTONIO, *op. cit.*, p. 175.

⁷⁴ Il riferimento corre agli acquisti effettuati a mezzo Pos. Si veda anche D'ORAZIO, *op. ult. cit.*, p. 882.

⁷⁵ Cass. 10 giugno 1983, n. 3992, *cit.* La soluzione prospettata dalla sentenza non sarebbe, forse, utilizzabile nelle ipotesi di bancogiro o di delegazione su debito.

stenza del diritto di credito⁷⁶. Tale rimedio, inoltre, risulterebbe particolarmente congeniale in tutte quelle ipotesi in cui il cliente-ordinante concordi una operazione commerciale di notevole entità economica con imprese sconosciute o con le quali non intercorrono relazioni frequenti⁷⁷.

⁷⁶ SCOTT, *op. cit.*, p. 1885.

⁷⁷ SCOTT, *op. loc. cit.*