© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

ISBN 9788814221422

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2017
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: www.giuffre.it

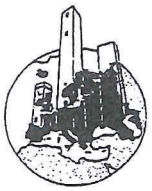
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Accademia dei Giusprivatisti Europei. - Académie des Privatistes Européens - Academy of European Private Lawyers - Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler - Academia de Iusprivatistas Europeos - Persona giuridica di diritto privato - Sede legale: Strada Nuova, 65 - 27100 Pavia (Italia) - tel.: [0039]0382-33955; fax: [0039]0382-984435; Sede operativa: Piazza Velasca, 6 - 20122 Milano (Italia) - tel.: [0039]02-861622; fax: [0039]02-8693129; e-mail: accadgiuspriveur@interfree.it; http://www.accademiagiusprivatistieuropei.it; http://www.eurcontrats.eu

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

ACADÉMIE DES
PRIVATISTES EUROPÉENS

AKADEMIE EUROPÄISCHER
PRIVATRECHTSWISSENSCHAFTLER



ACADEMY OF EUROPEAN
PRIVATE LAWYERS

ACADEMIA
DE IUSPRIVATISTAS EUROPEOS

ACCADEMIA DEI GIUSPRIVATISTI EUROPEI

SOTTO L'ALTO PATRONATO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA ITALIANA
GRAN PRIX "CHARLES AUBERT" - DROIT - INSTITUT DE FRANCE - ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES

PAVIA

CODICE EUROPEO DEI CONTRATTI

CODE EUROPÉEN DES CONTRATS
EUROPEAN CONTRACT CODE
EUROPÄISCHES VERTRAGSGESETZBUCH
CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS

Progetto preliminare
Avant-projet - Preliminary draft
Vorentwurf - Proyecto preliminar

Coordinatore
GIUSEPPE GANDOLFI

LIBRO SECONDO
DEI SINGOLI CONTRATTI
TITOLO TERZO

RELAZIONI E PROPOSTE SUI
CONTRATTI BANCARI

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2017

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Per la ricerca scientifica e la pubblicazione del presente volume, che ne riassume i risultati, sono state erogate sovvenzioni dalla Banca d'Italia (Roma), dalla Compagnia di San Paolo (Torino), dalla Fondazione Banca del Monte di Lombardia (Pavia), dalla Fondazione CARIPLO (Milano), dalla Fondazione CRT (Torino), dal Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo (Roma).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

INDICE

Pag.

Nota introduttiva 1

Thierry Bonneau, *Observations sur les contrats bancaires* 5

Ilaria Amelia Caggiano, *Pagamenti non autorizzati nei rapporti bancari: lo stato dell'arte e alcuni spunti sull'evoluzione tecnologica* 7

Ilaria Amelia Caggiano, *Gli obblighi d'informazione nei servizi d'investimento tra nullità e responsabilità* 21

Alisa Caine, *Banking Contracts – Israeli Law* 31

Francesco Capriglione, *Un appunto con brevi considerazioni* 45

Marielle Cohen-Branche, *Réflexions à propos de l'élaboration d'un Code Européen des Contrats portant sur les contrats bancaires* 47

Gastone Cottino, *Codice Europeo dei Contratti e operazioni bancarie* 67

Carlos de Cores Helguera, *Propuestas sobre la regulación de las operaciones financieras y bancarias en el Código Europeo de Contratos* 77

Carlos de Cores Helguera, *Los servicios de pago electrónico en el proyecto de Código Europeo de Contratos* 109

José Luis de los Mozos, *Contratos bancarios - Observaciones* 139

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Dorothee Einsele, *Erste allgemeine Anmerkungen zu den Bank- und Finanzdienstleistungsverträgen* 143

Giuseppe Gandolfi, *Da un convegno all'altro: considerazioni retrospettive e interlocutorie in tema di contratti bancari* 149

Gabriel García Cantero, *Propuestas sobre los contratos bancarios (arts. 1813-1822 cod.civ.it.)* 179

Christian Larroumet, *Un certain nombre de généralités* 185

Alexandre Lichorowicz, *Quelques mots sur les contrats bancaires* 189

Angelo Luminoso, *Appunti per la disciplina dei contratti bancari e degli altri contratti finanziari nel progetto di un Codice Europeo dei Contratti* 191

Agustín Luna Serrano, *Dei depositi bancari* 213

Harvey McGregor, *Brief Remarks on Some Rules of the Italian Code* 215

Marino Perassi, *Il credito immobiliare fra vigilanza bancaria e diritto privato nella prospettiva europea* 219

Claude Rouiller, *Une remarque générale succincte sur les règles du Code italien, livre IV, titre III, chapitres XVII, XXV* 227

Maria Letizia Ruffini Gandolfi, *Cassette di sicurezza e responsabilità della banca : il problema in proiezione europea* 237

Anna Scotti, *In tema di trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis 'Testo unico bancario' e di patto marciano* 263

Anna Scotti, *Sul ruolo dell'arbitro bancario finanziario* 271

Kurt Siehr, *Bankverträge in einem "Code Européen des Contrats"* 279

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Jean-Pierre Sortais, *Opérations de banque. Observations générales* 291

Giuseppe Terranova, *I contratti bancari nel sistema del codice civile (Appunti)* 293

Kalvin Torgans, *Freedom of Contract and Framework for Banking Contracts in Latvia and Other Countries* 307

Carlos Vattier Fuenzalida, *Prenda de valores cotizables* 317

Appendice, *Code Civil Italien - Livre IV - Titre III (Des contrats en particulier*) 321

Membri dell'Accademia 333

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Questa Accademia, per le sue pubblicazioni che raccolgono gli scritti dei suoi membri e dei giuristi ad essa collegati, considerato il carattere multinazionale delle raccolte stesse, ha deciso dall'inizio della sua attività di non adottare criteri rigorosi di uniformità per i vari contributi quanto a titoli, sommarî, sottotitoli, paragrafi, note bibliografiche, ecc., lasciando così gli autori liberi di conformarsi ai modelli dei loro Paesi (oltre che di attenersi all'impostazione formale che ritengano più consona allo svolgimento delle argomentazioni).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

NOTA INTRODUTTIVA

Qualche anno fa questa Accademia si è dedicata ad un esame preliminare della tematica attinente ai contratti bancari, essenzialmente in funzione di uno scambio di vedute fra i suoi membri. Riprendendone ora lo studio, per la redazione della quarta parte del progetto del 'codice dei contratti' per l'Europa comunitaria, si dichiara ben consapevole del duplice fatto: che sia l'Unione europea, sia il settore bancario stanno attraversando un momento difficile, che può riflettersi anche sul loro futuro. E tuttavia ritiene di non dover rinunciare ad occuparsi della tematica stessa, e di poter quindi proseguire nell'attuazione del programma che la vede impegnata dall'inizio degli anni Novanta. E ciò, nella convinzione che i Paesi europei, e coloro che li governano, pur se fuorviati da problemi contingenti, non mancheranno di rendersi conto che in realtà un'Europa unita, dopo le gravi esperienze del passato, è ben più che un'opportunità: è una necessità, per la pace e il benessere dei cittadini europei. E dunque vorranno procedere concordi lungo "il percorso da seguire - come ha detto nel sessantesimo del Trattato di Roma il Presidente della Repubblica Mattarella - per ridare slancio alla nostra Unione".

E però questa Accademia ritiene pure che sussistano ora dei ragionevoli motivi per non proseguire con un ritmo accelerato, che impedirebbe di valutare adeguatamente l'evoluzione in atto e di provvedere come invece le contingenze esigano.

Si è pertanto previsto che la redazione delle norme del Titolo III del Libro II abbia luogo quando si ritenga che ricorrano le condizioni per dedicarvisi.

Frattanto può utilmente continuare lo scambio di idee fra gli Accademici, in funzione del quale vengono qui raccolti e pubblicati i loro contributi (in ordine alfabetico perché la trattazione in taluni di essi di più di un argomento, e il comune riferimento al "questionario" distribuito, non consentono di

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

configurare un ordine per materie). Tale apporto collettivo risulta manifestato in note di varie dimensioni: relazioni ampiamente motivate, e anche proposte espresse in appunti talora sintetici: ma tutte di indubbia congruità e utilità per la successiva attività redazionale. Comunque vengono sollecitate ulteriori osservazioni e repliche, nonché interventi anche critici di giuristi non appartenenti all'Accademia.

Come negli anni scorsi, agli Accademici è stato sottoposto l'accennato "questionario", con una traccia del programma di lavoro e l'indicazione di alcuni specifici 'quesiti' di ordine metodologico e sistematico. Ai rapporti bancari, finanziari e assicurativi era da tempo previsto che, in tre Sezioni, venisse dedicato il Titolo III del Libro II. Ma la complessità della materia e l'evoluzione che essa va subendo in questi anni hanno consigliato di suddividerne l'esame in tre tappe susseguenti, affrontando dapprima lo studio dei rapporti bancari.

Nel "questionario" veniva anzitutto precisato che sin dall'inizio degli anni Novanta l'Accademia ha deliberato di adottare, in via di massima, due "schemi di base", essenzialmente allo scopo di raccogliere in modo coordinato le varie opinioni e proposte, così da consentirne una più proficua valorizzazione in sede di stesura delle singole norme. Ma altre ragioni hanno poi confermato l'opportunità dell'adozione di tali "schemi di base". Che sono il Libro IV del Codice civile italiano e il *Contract code* redatto per la *Law Commission* inglese da McGregor di Oxford; testimonianze rappresentative, queste, sia pure per i fini suddetti, delle peculiarità ed esigenze delle due aree separate dal Canale della Manica: entrambe, comunque, partecipi della complessa esperienza giuridica europea, quali che siano gli effetti del recente referendum avutosi in Gran Bretagna. Senonché il *Contract code* si occupa solo dei contratti 'in generale', e non si è reso quindi utilizzabile per la redazione del Libro II. Come "schema di base" è rimasto il solo Libro IV del codice italiano; e i redattori hanno ritenuto di dover colmare il vuoto che si è così creato con il ricorso ad altre fonti e testimonianze.

Tuttavia per la materia ora sul tappeto, il Libro IV del codice italiano risulta particolarmente idoneo per quanto concerne i rapporti bancari. Questo codice infatti, per primo in Europa, ha regolato in modo organico ed esaustivo i contratti bancari, dedicandovi un intero capo, e offrendo – come è stato sottolineato – un nucleo normativo chiaro, ben congegnato nella formulazione,

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

di possibile e positivo riferimento in questa sede: insomma quanto meno una base da cui muovere. Ma per i rapporti in questione è indubbio che le norme del codice italiano non possono che costituire una base o piuttosto una premessa storica, dalla quale si è ritenuto e si ritiene di non dover prescindere. E ciò, anche perché abbiano ad assumere il dovuto rilievo i nuovi modelli contrattuali che sono emersi nella prassi intercontinentale e che potranno essere accolti nel progetto o per esso proposti; e inoltre affinché si rifletta sulle diverse dimensioni che i modelli, ormai tradizionali, possano assumere. Si è deciso dunque di muovere, come base di partenza, dalle norme del codice italiano.

Ma, essendo previsto che nel Titolo III vengano disciplinati i rapporti bancari, finanziari e assicurativi, era chiesto nel "questionario" di formulare anche una proposta sul seguente quesito di ordine sistematico e metodologico, e che assume una valenza preliminare: a prescindere dalla priorità riservata allo studio dei rapporti bancari, come si ritiene che sia opportuno strutturare, nell'insieme e nel dettaglio, la successione e la particolareggiata distribuzione della complessa materia relativa ai tre settori? In effetti, i rapporti finanziari possono risultare partecipi di rapporti bancari e assicurativi. Inoltre, considerata anche la vastità dell'area alla quale le disposizioni verrebbero destinate, si è affacciato un ulteriore interrogativo, che già è stato dibattuto nel passato: circa lo stile normativo da adottare, si ritiene necessario che nella stesura delle norme si ricorra da un linguaggio tendenzialmente sintetico, o piuttosto esplicativo?

Sempre nel "questionario" era espresso l'invito ad esprimersi anche sull'idea, da taluni avanzata, di introdurre il Titolo in questione con alcune norme comuni, applicabili a tutti i rapporti in esso regolati. Può ritenersi opportuno – questo l'interrogativo – accogliere tale suggerimento, e come? Ossia: quali norme comuni potrebbero essere utilmente incluse in un 'Capo' introduttivo? Un consiglio analogo era stato formulato per il Titolo II sui "contratti di servizi". Ed è stato accolto in sede redazionale. Nella 'Relazione del coordinatore' relativa a quest'ultimo Titolo si osserva infatti che le norme comuni, con le quali esso si apre, intendono fornire una '*summa*' di tutte le regole applicabili ad ogni contratto ivi regolato, anche e soprattutto per garantire in tali rapporti un impegno di mutua cooperazione, che inoltre si accompagna al venir meno di quella disparità di forza contrattuale che in taluni ordinamenti tuttora sopravvive,

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

con il disequilibrio creato dalla presenza di obbligazioni per un contraente e di meri oneri per la controparte. Ma nella 'Relazione' si è aggiunto che dette norme comuni vogliono anche esprimere delle indicazioni normative per la disciplina di quelle nuove figure negoziali che, in assenza di disposizioni legislative, emergeranno nella prassi. Quali ulteriori o diversi scopi può avere una serie di regole comuni che si ritenga opportuno premettere al Titolo dedicato ai rapporti bancari, finanziari, assicurativi? E come, dunque, possono essere stilate? E' doveroso tuttavia notare che l'idea di far precedere il Titolo II da alcune 'norme comuni' aveva suscitato qualche incertezza durante la redazione del Titolo stesso e qualche perplessità in successivi commenti.

In questa sede, le norme del codice italiano da considerare sono dunque, inizialmente, quelle contenute nel Titolo III del Libro IV del codice medesimo, e di cui agli artt. 1813-1860. Riguardano il mutuo (Capo XV), il conto corrente (Capo XVI), i contratti bancari (Capo XVII). Veniva chiesto dunque di proporre quali di queste norme fosse opportuno accogliere nel progetto, o invece eliminare, o modificare e come (e in quale ordine e successione), e naturalmente di indicare quali altre norme (anzitutto comunitarie, o nazionali o convenzionali) fosse necessario recepire, e come eventualmente modificate e in quale ordine inserite.

Agli autori dei contributi qui pubblicati viene offerta ora, come accennato, l'occasione di integrarli o, se del caso, anche di modificarli. Qualunque nuova o ulteriore considerazione o proposta, di metodo o di contenuti, può risultare di importanza decisiva. E potrà rivelarsi tale proprio nei momenti critici e problematici nei quali il gruppo di lavoro ristretto procede alla concreta stesura delle norme: momenti nei quali affiorano taluni dubbi e incertezze, che *a priori* non si avvertono.

Il coordinatore

Le norme di riferimento del codice italiano, considerate nei contributi contenuti in questo volume, sono riportate nell'appendice in lingua francese. Che è stata adottata da questa Accademia come lingua 'veicolare', per i testi normativi e le comunicazioni rituali in quanto lingua tipicamente europeo-comunitaria, assumendosi che l'inglese abbia un carattere piuttosto intercontinentale. Ma nelle discussioni congressuali e nei contributi scritti, la partecipazione ai lavori dell'Accademia avviene abitualmente nelle sue cinque lingue ufficiali: francese, inglese, italiano, spagnolo, tedesco.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. THIERRY BONNEAU
Professeur à l'Université "Panthéon-Assas", Paris

OBSERVATIONS SUR LES CONTRATS BANCAIRES

1. Le questionnaire communiqué, qui reprend les dispositions de deux chapitres du Code civil italiens, traite du compte-courant (chapitre XVI) et des contrats suivants: dépôt d'argent et de titres, coffre-fort, ouvertures de crédit, avances bancaires, opérations bancaires en compte-courant (chapitre XVII). Ces contrats sont traités alors qu'ils ne sont pas tous au cœur de l'activité bancaire qui comprend la réception de fonds du public, les crédits et les moyens de paiement, étant observé que seuls les moyens de paiement électroniques sont visés par le droit communautaire. Aussi la première question est relative aux types de contrat qui doivent être traités: il me semble que doivent être principalement traités :
la convention de compte qui est le support de la relation de clientèle,
les dépôts d'argent,
les crédits, en particulier, l'ouverture de crédit.

Cette énumération montre qu'à mon sens, le contrat de coffre-fort ne participe du cœur de l'activité bancaire, pas plus que le dépôt de titres. Aussi peuvent-ils ne pas être pris en compte au titre des contrats bancaires « de base ».

2. La terminologie utilisée ne s'impose pas toujours avec évidence, notamment les expressions «restent sauves» (art. 1837, al. 2) ou «idonéité» (art. 1839), «retrait» et «dissolution» du contrat (art. 1833) ou encore « rapport » (art. 1844). Elle attire toutefois surtout l'attention car elle ne prend pas en compte certaines évolutions:
l'âge de la majorité: on ne peut plus parler en France de mineur de 18 ans (art. 1837);

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

la technologie: avec la dématérialisation, on peut discuter le recours au terme «livret» et se demander si les articles 1835 et 1836 ne sont pas devenus inutiles;
les agents de change ont disparu au profit des entreprises d'investissement (notion de droit communautaire).

3. Certaines thèmes abordés par le Code civil italien posent des questions de principe:
le prêt bancaire (cf. art. 1834) doit-il être considéré comme un contrat réel? Est-ce que la propriété des fonds doit-être transmise au banquier?
les textes aux contrats bancaires doivent-ils prendre position sur les sûretés dont les crédits peuvent être assortis (cf. art. 1846)?
quelle conception du compte doit-être consacrée? Le compte courant est visé alors que l'on peut penser que son mécanisme, qui repose sur l'effet novatoire de l'entrée en compte, n'est pas consacré par les textes du Code civil italien (cf. notamment, l'article 1827);
est-ce que les services d'investissement doivent être traités au motif que les banques en fournissent?

4. Certaines questions méritent d'être abordées : il en est ainsi des questions de rémunérations des dépôts et des crédits ainsi que des frais et commissions liés à la tenue de compte.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. ILARIA AMELIA CAGGIANO
Professore nell'Università "Suor Orsola Benincasa", Napoli

PAGAMENTI NON AUTORIZZATI NEI RAPPORTI BANCARI: LO STATO DELL'ARTE E ALCUNI SPUNTI SULL'EVOLUZIONE TECNOLOGICA

SOMMARIO: 1. Restituzioni, risarcimento e servizi di pagamento. – 2. L'utilizzo non autorizzato di strumenti di pagamento secondo il d. lgs. 11/2010 (attuazione della dir. 2007/64/CE): la disciplina. – 2.1. L'interpretazione in termini di responsabilità contrattuale oggettiva. – 3. Gli orientamenti dell'ABF in materia di prelievi non autorizzati con riguardo alla grave negligenza dell'utilizzatore titolare dello strumento di pagamento. – 4. Art. 12, d.lgs. 11/2010: ricostruzione delle fattispecie e loro inquadramento nei diversi ambiti dell'oggetto dell'obbligazione e della responsabilità aggravata. – 5. Obblighi di restituzione e danni ulteriori. Le somme rimborsabili e il calcolo degli interessi. – 6. Le nuove frontiere dell'autenticazione e le ricadute della tecnologia nella disciplina giuridica delle fattispecie.

1. – Il presente contributo ha per oggetto l'analisi della normativa e della "giurisprudenza" formatasi in Italia in merito alla fattispecie dei prelievi di denaro non autorizzati e dei rimedi previsti.

Il pagamento effettuato in difetto di autorizzazione del pagatore o dell'ordinante un'operazione di pagamento[1], è oggetto di disciplina speciale di fonte europea sui servizi di pagamento (direttiva 2007/64/CE, attuata in Italia dal decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11), la quale prevede rimedi restitutori. Tale normativa, mentre rimane volutamente estranea all'assetto regolativo dell'obbligazione pecuniaria sottostante, disciplina invece il rapporto tra cliente e istituto bancario (*recte* tra utilizzatore e prestatore di servizi di pagamento) in relazione alla prestazione dei servizi di pagamento con riguardo alle ipotesi patologiche di inadempimento da parte dell'istituto e in caso, appunto, di c.d. mancata autorizzazione da parte del cliente.

[1] Cfr. art. 1, lett. *c)* d. lgs. 11/2010 sulla definizione di operazione di pagamento.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Tale ambito tematico si presta a contribuire, su un piano più generale, al dibattito sul rapporto tra restituzioni e risarcimento come sanzioni civili, e, allo stesso tempo, a dar conto dei formanti del diritto vivente negli ordinamenti giuridici contemporanei.

Sul piano dell'applicazione, le controversie riguardanti movimentazioni non autorizzate su conti di pagamento sono quasi totalmente amministrate in Italia da un organismo stragiudiziale: l'Arbitro bancario finanziario (o ABF), caratterizzato da una esponenziale crescita di attività negli ultimi anni e, soprattutto, da un'altissima ottemperanza, spontanea, delle sue decisioni. Questi tratti possono indurre a qualificare le sue decisioni in termini di "giurisprudenza", in un'accezione forte del termine, cioè nel senso di pronunciamenti idonei a condizionare la fisionomia del diritto vivente, per quanto non emessi dall'autorità giudiziaria, né dotati di valore vincolante per le stesse parti della controversia[2].

2. – Una disciplina speciale delle operazioni di pagamento non autorizzate nell'ambito del rapporto tra cliente ed intermediario è stata dettata, per la prima volta nell'ordinamento italiano, dal decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva 2007/64/CE [3], tuttora vigente[4].

Oltre a prevedere obblighi specifici a carico delle parti e un regime probatorio invertito in caso di un difetto di autorizzazione dell'operazione di pagamento (artt. 9 - 11), la normativa prevede casi in cui il difetto di autorizzazione sia ricollegabile all'utilizzo "abusivo" di uno strumento di pagamento, il quale, unitamente ad altri codici di accesso, funga da mezzo per l'attribuzione della

[2] L'ABF sarebbe idoneo a "fare giurisprudenza" (accezione forte del termine, come prodotto dell'attività degli organi –tutti *ndr*- che amministrano la giustizia, cui rinvia TARUFFO, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. Scienze Sociali Treccani*, 1994, disponibile anche *online* al sito www.treccani.it), pur mancando di alcune caratteristiche soggettive ed oggettive proprie del significato del termine in senso tradizionale.

[3] Decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11 .

[4] E' stata, tuttavia, pubblicata nel luglio 2013 dalla Commissione europea una Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui servizi di pagamento nel mercato interno (disponibile sul sito eur-lex.europ.eu) che verrà a modificare (entro il 2017) le direttive 2002/65/CE, 2013/36/UE e 2009/110/CE e a sostituire la Direttiva 2007/64/CE, del 24 luglio 2013 (COM (2013) 547 *final*). La nuova proposta di regolamentazione (cd. PSD2) mira a coprire alcuni ambiti di applicazione estranei alla PSD, dal lato soggettivo degli operatori e oggettivo delle tipologie di pagamenti.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

paternità dell'ordine. E' evidente che si tratta di ipotesi peculiari sia rispetto all'ordine di bonifico (*credit transfer*), in virtù dell'utilizzo della carta o di altro strumento di pagamento; sia rispetto all'addebito diretto (riscossione, *debit transfer*), ove, essendo l'ordine proveniente direttamente da beneficiario, il problema della mancata autorizzazione non riguarda tanto l'utilizzo illecito degli strumenti di pagamento da parte del beneficiario, ma l'autorizzazione a monte del pagatore.

Le ipotesi in cui lo strumento di pagamento (che consente di effettuare operazioni su un conto di pagamento) venga utilizzato da un soggetto non autorizzato dal pagatore, ovvero in senso contrario alla volontà di quest'ultimo originano, evidentemente, dal furto, dalla sottrazione e, più in generale, dall'utilizzo indebito di strumenti di pagamento, finalizzato ad effettuare sia pagamenti (anche *online*) sia prelievi di denaro contante.

In tali casi il legislatore prevede un regime di ripartizione del rischio economico tra prestatore del servizio di pagamento (*i.e.* l'intermediario bancario) e pagatore (il cliente). Tale ripartizione è segnata da uno spartiacque temporale (la comunicazione al prestatore) ed è esclusa in ogni caso se vi sia frode da parte del pagatore (art. 11 s. del d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11).

Gli utilizzi di uno strumento di pagamento smarrito, sottratto o utilizzato indebitamente, successivi al furto, allo smarrimento o alla appropriazione, ricadono nella sfera economica dell'utilizzatore, ovvero del prestatore, secondo che l'operazione effettuata sul conto di pagamento (es. prelievo, bonifico, pagamento elettronico) tramite lo strumento sia, a sua volta, anteriore ovvero successiva alla comunicazione che l'uno (il pagatore) deve fare all'altro (il prestatore) non appena venuto a conoscenza del venir meno della disponibilità dello strumento (*ex* art. 7, co. 2, lett. *b)* d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11). Se la comunicazione della perdita di disponibilità dello strumento vien fatta prima che le operazioni non autorizzate siano eseguite, la perdita economica sul conto sarà integralmente in capo al prestatore (l'istituto bancario); se la comunicazione è successiva alle operazioni, la perdita sarà subita dall'utilizzatore stesso (es. il titolare della carta di credito rubata). Ma, in questo caso, laddove, cioè, le operazioni non autorizzate siano avvenute anteriormente alla comunicazione al prestatore dell'avvenuto furto, smarrimento o dell'appropriazione dello strumento, e la condotta del cliente rispetto allo strumento possa considerarsi al massimo negligente (non sia cioè dolosa o

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

gravemente negligente), l'utilizzatore ne risponde fino ad un massimale complessivo di 150€. Nessuna "franchigia" è, invece, prevista per il prestatore / intermediario per le operazioni successive alla comunicazione.

Questo riparto binario delle perdite soffre, ovviamente, di alcune eccezioni e limiti esterni. Nel caso di utilizzo non autorizzato anteriore alla comunicazione, se l'utilizzatore abbia agito con dolo o colpa grave o non abbia garantito la sicurezza dei dispositivi di utilizzo dello strumento di pagamento (es. codici pin), egli è chiamato a subire per intero la perdita economica derivante dall'utilizzo abusivo, senza alcuna limitazione; mentre per gli utilizzi successivi alla comunicazione, resta responsabile solo in caso di frode (art. 12, co. 1 - 4). La prova è in ogni caso a carico del prestatore del servizio di pagamento (art. 10). Inoltre, la semplice contestazione circa la esecuzione di una operazione non autorizzata da parte dell'utilizzatore fa scattare immediatamente in capo al prestatore un obbligo di rimborso al pagatore pari all'importo della operazione contestata, salvo il diritto di ottenerne la restituzione in caso di prova dell'utilizzo autorizzato, e in ogni caso ad esclusione di casi di motivato sospetto di frode (art. 11).

2.1. – Ragionando in termini di inquadramento sistematico, la disciplina ora richiamata tende ad essere genericamente qualificata come un meccanismo di responsabilità contrattuale, espressamente derogatorio rispetto al modello di imputazione basato sulla colpa, e rispetto al quale il fatto (al minimo) gravemente colposo della controparte esclude la responsabilità del soggetto indicato dalla legge.

Si tratterebbe di una previsione espressa di responsabilità oggettiva a carico del prestatore e, limitatamente, dell'utilizzatore[5], secondo uno schema che è quello consueto nella regolamentazione della responsabilità extracontrattuale per i danni di massa nella società capitalistica (industriale e dei servizi), mentre è meno frequente nella disciplina speciale dei rapporti contrattuali caratterizzati da asimmetria soggettiva. Nel settore dei servizi di pagamento, tuttavia, la "pericolosità " dell'attività svolta che interessa una vasta platea di consumatori o di utenti, sembra aver

[5] In questo senso è la lettura dominante fornita dall'ABF (*ex multis*, Coll. Roma, 17 maggio 2013, n. 2770, richiamando Coll. Milano, n. 2027/2011; Coll. Napoli, n. 2610/2011; Coll. Roma, n. 1137/2012; Coll. Roma 8 aprile 2013, n. 1865 e 18 febbraio 2013, n. 1089).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

indotto il legislatore ad ampliare l'ambito del rischio d'impresa, facendo gravare i pericoli di danno statisticamente prevedibili legati all'esercizio sull'impresa stessa, in quanto quest'ultima è l'unica in grado di distribuire il rischio dell'impiego di strumenti di pagamento[6].

Il meccanismo congegnato dalla normativa speciale rimanda, pertanto, ad un caricamento del rischio quasi esclusivamente sul prestatore, con la dichiarata finalità di promuovere negli utenti la fiducia nell'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronici, politica ritenuta strategica per lo sviluppo dell'economia e del mercato unico. Resta inteso che questo pur agevole criterio di ripartizione delle conseguenze economiche degli utilizzi da parte di terzi, che pure ricade quasi interamente sul gestore dell'infrastruttura, non significa altro che una socializzazione del danno sull'intera collettività degli utenti su scala generale, giacchè i prevedibili costi a carico dell'intermediario vengono fatti gravare sulla totalità della clientela bancaria, attraverso il calcolo attuariale e l'inclusione della percentuale così definita nel "prezzo" dei servizi bancari e finanziari.

Tale scelta nel settore dei servizi di pagamento appare conforme, per grandi linee, alle normative da tempo vigenti in altri ordinamenti giuridici, come quello statunitense, a conferma di una generale accettazione di tale regime da parte degli *stakeholders* imprenditoriali, dovuta anche alla semplicità dei criterî adottati e, quindi, alla loro relativa certezza.

Tuttavia, la disciplina europea, proprio a differenza di quella federale statunitense, non manca di lasciare ampi margini di discrezionalità alle corti – e di probabile disarmonia tra gli Stati membri – nella valutazione non già della regola generale di riparto delle conseguenze economiche (basato sulla comunicazione dell'utente), ma delle sue eccezioni.

Ciò avviene principalmente con riguardo alla definizione della colpa grave dell'utilizzatore, che – come si è visto – costituisce insieme alla frode e al dolo, uno dei casi (e il più problematico) in cui l'utente può essere chiamato a rispondere per intero di un'operazione non autorizzata, la cui valutazione è stata integralmente rimessa al diritto e al giudice nazionali.

[6] La giustificazione della responsabilità oggettiva richiamando l'idea della pericolosità dell'attività svolta è in ABF, Collegio Coordinamento, 26 ottobre 2012, n. 3498. Tale qualificazione non trova riscontro nella giurisprudenza sui servizi bancari, su cui Tribunale Bologna, 18 luglio 2012, in *Pluris*.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

3. – L'interpretazione che progressivamente le decisioni dell'Arbitro bancario finanziario hanno dato alle fattispecie di responsabilità dell'utente ne ha limitato la portata. Sebbene, infatti, la colpa grave si ricavi dalla violazione di specifici obblighi contrattuali legali (art. 7, d. lgs. 11/2010 e contrattuali), poi essa si attualizza nel caso concreto anche in base alle regole del riparto probatorio. E', infatti, pacifico, sulla base del dettato legislativo, che l'onere di provare lo stato soggettivo dell'utilizzatore incomba, anche tramite l'utilizzo di presunzioni, sul prestatore[7]. Ed è quindi dalla idoneità riconosciuta a determinati comportamenti dell'utente alla formazione della presunzione (di aver violato specifici obblighi) che discende la qualificazione giuridica della condotta.

Partendo dagli obblighi cui è tenuto il soggetto legittimato all'utilizzo di strumenti di pagamento, i "confini della colpa grave" possono essere sintetizzati secondo la seguente classificazione.

1) *Modalità di custodia della carta e del relativo codice di identificazione* (art. 7, co. 1, lett. *a)* e co. 2, d.lgs. 11/2010 ed eventuali clausole contrattuali)

La conservazione dello strumento di pagamento unitamente al PIN non è ritenuta integrare colpa grave dell'utilizzatore, solo se il codice segreto è trascritto in forma criptata (ad esempio, memorizzato nella rubrica del cellulare sotto la forma di numero telefonico[8]).

Tuttavia, in presenza della mancata custodia della borsa o del portafogli in cui è conservato lo strumento[9], ovvero di questa e di un ritardo nella denuncia del fatto (rilevante *ex* art. 7, co. 1, lett. *b)*) unitamente alla conservazione "congiunta" di carta e codice di identificazione, si sarebbe di fronte ad un indice di indubbia inescusabile superficialità e inescusabile trascuratezza[10].

Su tali aspetti, l'onere probatorio a carico del prestatore, ricollegabile a elementi di prova a carattere indiziario, ha ad oggetto

[7] Cfr. art. 10, comma 2, d. lgs. 11/2010, nella interpretazione corrente [*ex multis*, ABF, Collegio di Coordinamento, 29 novembre 2013, n. 6168].

[8] ABF, Collegio di Milano, 7 maggio 2010, n. 333; ABF, Collegio Milano 16 ottobre 2013, n. 5223.

[9] Collegio Roma, 9 agosto 2013, n. 4364.

[10] Si tratta di posizioni assunte dai collegi di Roma e Napoli. Cfr. ABF, Collegio Napoli, 7 ottobre 2013, 5072, e la succitata Collegio Roma, 9 agosto 2013, n. 4364.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

di regola la sequenza temporale delle operazioni e le caratteristiche dello strumento di pagamento.

1.a) *Tempistica delle operazioni non autorizzate*. E' orientamento ormai consolidato, nelle decisioni ABF, che l'utilizzo dello strumento di pagamento da parte del terzo in tempi ravvicinati rispetto al furto non possa provare, esso solo, in via presuntiva la conservazione del PIN unitamente alla carta (che integra *ex se* la colpa grave dell'utilizzatore[11]) e quindi la colpa grave dell'utilizzatore nella messa in sicurezza dello strumento[12].

1.b.) *Carte dotate di microchip*

La questione sul punto è controversa ed è dovuto intervenire più volte il Collegio di Coordinamento[13], affermando che: 1. Il mero fatto che la carta con la quale viene effettuata l'operazione non autorizzata sia dotata di *microchip* non esime il prestatore da responsabilità; e pertanto, in punto di prova, 2. non è sufficiente da parte di quest'ultimo la mera allegazione e descrizione delle caratteristiche della carta[14]; 3. si ritiene che sia onere del prestatore dimostrare, ad esempio che il *microchip* non sia effettivamente clonabile[15].

2) *Gli obblighi del prestatore dei servizi*

La giurisprudenza dell'ABF interpreta l'obbligo per il prestatore di cui all'art. 8 d. lgs. n. 11 del 2010 (a norma del quale il prestatore dei servizi di pagamento è tenuto ad «assicurare che siano sempre disponibili strumenti adeguati affinché l'utilizzatore dei servizi di pagamento possa eseguire la comunicazione di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b)» inclusivo non solo dell'attivazione di un numero verde, ma anche di un servizio di *sms alert*.

4. – Nel caso di accoglimento del ricorso del cliente, si tende a procedere alla determinazione del rimborso, con detrazione dell'eventuale "franchigia" dall'importo nominale dell'operazione non autorizzata, maggiorato degli interessi legali, e al non frequente

[11] ABF, Collegio Coordinamento, 17 ottobre 2013, n. 5304.

[12] Collegio di Coordinamento, 29 novembre 2013, n. 6168, p. 11, nonché Collegio di Coordinamento, 17 ottobre 2013, n. 5304.

[13] Nel 2013, con le decisioni 6170 del 29 novembre e le già citate: 17 ottobre 2013, n. 5304 e 29 novembre 2013, n. 6168. Nel 2014: 14 febbraio 2014, n. 897; 21 febbraio 2014, n. 991; 24 giugno 2014, n. 3947.

[14] Dec. n. 6168/2013, cit., ove (p. 12). Conforme, dec. n. 6170/2013, cit., spec. p. 8.

[15] In quest'ultimo senso, ABF, Collegio Coordinamento, 14 febbraio 2014, n. 897, spec. p. 7.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

invero, risarcimento dei danni ulteriori, ai sensi degli artt. 11 e 12 del d.lgs. 11/2010.

Resta tuttavia da indagare con maggiore attenzione l'ambito delle c.d. "responsabilità" del prestatore, indagine che porta ad una rilettura delle previsioni contenute nella legislazione speciale.
In presenza di rapporti e tecnologie totalmente spersonalizzate, che rendono impossibile per l'intermediario identificare con certezza il titolare dello strumento, la tutela del cliente non viene fatta dipendere solo dall'accertamento dell'autorizzazione prevista dal regolamento contrattuale, o dagli obblighi che possono essere richiesti al prestatore, ma dall'assenza di ulteriori contestazioni. Nei casi di operazioni non effettuate dall'utilizzatore non titolare, sono state previste, infatti, regole che, prescindendo *stricto sensu* dalla sussistenza del requisito dell'autorizzazione, individuano il "responsabile" e svolgono una funzione di incentivo sui destinatari della norma, per evitare il verificarsi di utilizzi non autorizzati o inesatti. Non è richiesto, in prima istanza, l'accertamento in concreto della diligenza delle parti del rapporto nell'effettuazione delle operazioni di pagamento, peraltro improbabile e probabilmente non risolutiva nell'ambito di una procedura automatizzata, ma sono previste regole volte a semplificare altresì la decisione dei casi oggetto di contestazione. Nell'ottica dell'efficiente allocazione delle risorse, la perdita viene fatta gravare sui soggetti meglio in grado di evitarla, o comunque assorbirla. Essi sono innanzitutto le istituzioni finanziarie, relativamente ai rischi ascrivibili al vasto concetto di organizzazione dell'impresa. La soluzione normativa adottata appare, quindi, apprezzabile.

Tuttavia, se dal piano delle ragioni economiche dell'adozione delle norme passiamo alla qualificazione giuridica degli obblighi del prestatore e dell'utilizzatore titolare (fino a 150€), può dubitarsi del facile richiamo all'inquadramento in termini di responsabilità oggettiva sul terreno delle categorie concettuali domestiche[16].

La distribuzione del rischio giuridico relativo agli utilizzi effettuati da parte di soggetti diversi dal titolare dello strumento potrebbe, piuttosto, inquadrarsi su un doppio livello.

[16] Sulla necessità di inquadramento, secondo le categorie domestiche, della normativa di provenienza europea, MAZZAMUTO, *Itinerari della vendita dei beni di consumo*, in AA. VV., *I processi di armonizzazione del diritto privato europeo*, a cura di Pollice e Gatt, Napoli, 2008, p. 231 ss., spec., p. 234 ss.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Il primo livello riguarda gli obblighi che sorgono a carico del prestatore prima della comunicazione. In tal caso, l'obbligo per il prestatore di limitare le perdite subite dall'utilizzatore oltre la soglia dei 150€ è un'obbligazione primaria che viene posta a suo carico e che non può assumere la fisionomia del giudizio di responsabilità. Si tratta di un'obbligazione, autonoma e a sé stante, di tenere l'utilizzatore per certa parte indenne e realizza l'allocazione del rischio, correlato ad un evento sopravvenuto e tale da non poter essere impedito dal prestatore, che tuttavia viene da questi assunto (*recte* fatto assumere). Assolvendo ad una funzione *lato sensu* indennitaria, secondo il paradigma dell'assicurazione, tale obbligazione costituisce parte integrante lo scambio economico tra le parti e il sinallagma contrattuale. Peraltro, come si è visto, è oggetto di corrispettivo, calcolato a monte e su vasta scala dall'intermediario. A sua volta, la "franchigia" prevista per legge viene ad incidere anch'essa sull'oggetto del contratto e non sulla responsabilità, come già di regola avviene nelle obbligazioni indennitarie.

Al contrario, l'utilizzo dello strumento di pagamento successivo alla comunicazione vede il prestatore responsabile, per non averne egli impedito il funzionamento ("blocco della carta"). Viene in gioco, qui, l'inadempimento del prestatore per non aver impedito le conseguenze del fatto del terzo, dal momento che, dopo la comunicazione, la gestione del sistema consentirebbe al prestatore di attivare i mezzi per evitare l'inadempimento, che sono sotto la sua sfera di controllo. E' evidente come in questo caso, anche in assenza di una norma specifica *ad hoc*, sarebbe riscontrabile un'omissione di sforzo esigibile in capo al prestatore, e quindi una sua responsabilità. In questa seconda ipotesi l'interesse del cliente (e del mercato) trova la sua giuridicizzazione non attraverso la struttura formale dell'obbligazione del prestatore ma attraverso quella della sua responsabilità. Qui, a differenza che nell'ipotesi precedente, è presente il giudizio di "disqualifica del fatto generatore", e il rischio contrattuale, la cui ripartizione viene regolata dal legislatore secondo un criterio diverso (o comunque qualificato) rispetto alla colpa del debitore, riguarda l'inadempimento di una delle prestazioni.

Va a questo punto precisato, però, che il modello di responsabilità conformato dal legislatore in tema di pagamenti "non autorizzati" appare quello della responsabilità, se si vuole *aggravata*, e non oggettiva, come può desumersi dall'art. 28 del decreto, che fa

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

salvi il caso fortuito e la forza maggiore. Anche ove si accolga questa linea interpretativa, sembra comunque ragionevole promuovere una interpretazione restrittiva della norma nel senso di confinarla in un ambito applicativo assai ridotto l'applicazione delle due cause di esonero, che pure è stata posta in dubbio. Per altro verso, la incompatibilità delle previsioni contenute negli articoli richiamati con «altri obblighi di legge» non può che essere valutata alla stregua dei criteri generali di soluzione delle antinomie (sebbene il legislatore comunitario avesse in mente la legislazione antiriciclaggio e antiterrorismo).

La gestione dell'infrastruttura telematica e gli intrinseci rischi che essa comporta impongono, oggi, l'adozione di sistemi di sicurezza elevatissimi, rispetto ai quali anche l'evento catastrofico – sia esso fatto naturale o rischio tecnologico – non può che rientrare nelle previsioni economiche dell'impresa, ed essere fatto ricadere sulla stessa, in termini di diligente preordinazione all'adempimento, e quindi di responsabilità giuridica. Le istituzioni bancarie e finanziarie, che costituiscono la quota più consistente di prestatori di pagamento, non potrebbero invocare l'imprevedibilità sulla base dello stato delle conoscenze tecnologiche. Il loro *status* normativo impone la conoscenza e, in ogni caso, la prevenzione di possibili rischi tecnologici ed elementi esogeni che rientrano nella nozione di *rischio operativo* (*operational risk*), il quale rileva ai fini del calcolo dei requisiti patrimoniali, previsti per legge.

Per questa via è possibile affermare che il nuovo *status* della banca conformato e inaugurato dal modello di Basilea rende quindi difficilmente configurabili prove liberatorie per il prestatore. Peraltro, anche i rischi di riciclaggio e di terrorismo, che aveva in mente la Commissione nel prefigurare il fortuito e la forza maggiore nella PSD, appaiono in verità difficilmente ipotizzabili (se non impossibili) con riguardo all'utilizzo non autorizzato di carte di pagamento[17].

Tale considerazione vale a ragionevolmente limitare le cause di esonero di cui all'art. 28, anche nei casi di "responsabilità" da utilizzo non "autorizzato".

[17] Sul punto, D. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the Eu*, Kluwer Law Int., 2008, p. 234 ss.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

5. – Passando ad analizzare il problema della quantificazione, può ravvisarsi anche sotto questo profilo un problema di interpretazione della normativa esistente.
Sebbene, come si è visto, si faccia genericamente riferimento alla "responsabilità" del prestatore e dell'utilizzatore titolare (artt. 11 e 12) e a una ripartizione delle "perdite" conseguenti l'utilizzo abusivo di strumenti di pagamento (art. 12), l'assetto rimediale va inquadrato alla luce del complessivo meccanismo di tutela, secondo lo schema binario che è stato proposto.

A differenza di quanto previsto in sede di inadempimento ovvero di inesatto adempimento degli ordini (art. 25 s.), tale schema duale non viene, invero, ripreso in sede di disciplina delle "responsabilità" del prestatore e dell'utilizzatore (art. 12, che parla di sopportazione o responsabilità delle perdite). Esso, tuttavia, costituisce una caratteristica immanente alla struttura rimediale in materia, come dimostra anche la disciplina delle operazioni mancate o inesatte. Ciò che emerge è la distinzione tra un obbligo restitutorio (quello al rimborso) e un obbligo risarcitorio (per eventuali spese sostenute, danni ulteriori secondo la disciplina nazionale), che risiede non solo nel tenore letterale (*«rimborso»*), il quale trova corrispondenza e spiegazione nei termini *restore/ refund* nella testo della direttiva, e – come detto – anche nella parallela scelta operata dal legislatore italiano anche per l'ipotesi dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento[18].

La previsione dell'obbligo di rimborso, che richiama la *money back guarantee* previste nei modelli UNCITRAL[19], comporta un obbligo di riaccredito sul conto di pagamento, con valuta retrodatata, avente l'effetto di riportare il conto nello stato in cui si sarebbe trovato se l'operazione di pagamento non autorizzato non avesse avuto luogo[20]. Invero, il modello originale della "garanzia di rimborso" prevede il riaccredito, maggiorato dell'interesse dal

[18] V. DE STASIO, *Operazione di pagamento non autorizzata e restituzioni*, Milano, 2013, con argomentazioni, tuttavia, non sempre condivisibili.

[19] Art. 14 UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers (1992), disponibile sul sito www.uncitral.org

[20] Cfr. le Disposizioni Banca d'Italia *Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010* cit., Sez. IV, 5 e V, 5.5. secondo cui il diritto al rimborso comporta il ripristino dello *status quo ante* attraverso un'operazione di rettifica, che comporta un accredito dei fondi retrodatato al giorno in cui gli stessi stono stati impropriamente addebitati. Una tale operazione, che prende il nome di storno, comporta la sterilizzazione dell'addebito e di ogni altro pregiudizio economico contabilizzato sul conto di pagamento.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

giorno del pagamento fino a quello del rimborso. La previsione si giustifica, lì, nell'ottica di rappresentare un ristoro complessivo, non essendo prevista la ristorabilità di ulteriori danni[21].

La scelta legislativa europea e italiana appare, invece, quella di prevedere un'obbligazione restitutoria su base contrattuale, conformata alla restituzione delle somme, degli interessi applicati e di ogni altro costo, consentendo risarcibilità dei danni ulteriori. La misura prevista è quindi essenzialmente ripristinatoria dell'equilibrio contrattuale e preordinata ad eliminarne le alterazioni. L'orientamento costante dell'Arbitro bancario finanziario dimostra come raramente la richiesta di danni ulteriori venga avanzata e in ogni caso risulti respinta[22].

In ogni caso, quanto al rimborso, l'obbligo del prestatore può dirsi configurare un rimedio speciale, che si estende alla restituzione di tutti gli oneri calcolati sul conto di pagamento a seguito dell'operazione contestata (es. interessi passivi o minori interessi attivi, commissioni di massimo scoperto), al quale va aggiunta la responsabilità per danni ulteriori.

Secondo tale lettura, che interpreta il rimborso non in chiave risarcitoria come voce di danno, l'obbligo restitutorio non include il calcolo dell'interesse moratorio quale liquidazione forfaitaria del danno che, nel caso del debito pecuniario, si produrrebbe senza necessità di un atto formale di messa in mora.

Questa visione appare supportata dai correnti orientamenti dell'ABF. In relazione al calcolo degli interessi, il consolidato indirizzo dell'Arbitro è nel senso di far decorrere gli interessi legali sulla somma da rimborsare dalla data del reclamo, presentato all'intermediario, fino al soddisfo[23]. Rimangono, invece, isolati i casi in cui gli interessi sull'importo dovuto dal prestatore vengano fatti decorrere da momenti temporali anteriori (disconoscimento delle

[21] «The so-called 'money-back-guarantee' is intended to be in the nature of restitution than liability for failure to perform an obligation» R. BOLLEN, *The Law and Regulation of Payment Services*, Wolters Kluwer, 2012, p. 221.

[22] ABF, Coll. Centro, 14 agosto 2014, n. 5264 e ABF, 19 novembre 2013, n. 5843).

[23] In tal senso, si vedano, da ultimo, del Collegio Napoli, le decisioni: 5 giugno 2014, n. 3599; 4 aprile 2014 n. 7352; 14 gennaio 2014, n. 174. Per il Collegio Milano: 16 aprile 2014, n. 2445; 27 novembre 2014, n. 6078; 22 novembre 2014, n. 5978. Per il Collegio Roma: 29 novembre 2014 n. 6198; 21 giugno 2013, n. 3379; 18 giugno 2013, n. 3289. In tal senso, e chiaramente, è il Collegio di Coordinamento, 17 ottobre 2013, n. 5304.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

operazioni contestate), ovvero venga indicata la data-valuta del riaccredito della somma[24].

6. – Lo scenario appena descritto apre anche a una prospettiva più ampia che guarda al rapporto tra l'evoluzione tecnologica, la qualificazione delle fattispecie e i contenuti delle regole giuridiche, anche in un'ottica *de jure condendo*.
Un sistema di autenticazione basato su firme elettroniche[25] (quali *password*, ovvero meccanismi combinati non avanzati) consente il facile e frequente utilizzo degli strumenti di pagamento, e quindi l'aumento delle "transazioni", ma si presta a maggiori vulnerabilità e appropriazioni abusive, se lo si raffronta con la sottoscrizione del documento necessaria per una richiesta di contante (nella c.d. distinta di prelevamento), che – come qualsiasi sottoscrizione – garantisce la paternità del documento, ovvero – nelle operazioni commerciali a distanza – con altri metodi di pagamento (si pensi al contrassegno).

A tali rischi può contrapporsi l'utilizzo di sistemi di autenticazione forte (*strong authentication*), che prevedono l'utilizzo combinato di più codici e sono in grado di ridurre le probabilità di frode, e risultano pertanto fortemente promossi dalle autorità di mercato. In attesa delle modifiche che apporterà la nuova direttiva sui servizi di pagamento (c.d. PSD2), sono intervenute l'Autorità bancaria europea e la Banca centrale europea, pubblicando documenti e linee guida che prescrivono l'adozione di metodi di autenticazione forte.

Tuttavia, l'autenticazione forte, ove continui a essere basata su dati non relativi alla persona del titolare dello strumento di pagamento (ad es., combinazione di *password* e *token*), non è in grado di escludere l'appropriazione abusiva a seguito di smarrimento, cessione illegittima o furto dei dispositivi di autenticazione.

Tali forme di autenticazione, inoltre, rischiano di confermare l'esclusione, dai servizi connessi, di alcune categorie sociali deboli (ad es., anziani e "sofferenti psichici"), le quali in tal modo vedono compromessa la possibilità di esercitare fondamentali diritti costituzionali di esplicazione della loro personalità in ambito economico.

---

[24] Si vedano, rispettivamente, Collegio Roma, 26 luglio 2013, n. 4181 e Collegio Napoli, 14 luglio 2014, n. 4537.

[25] Art. 1, co. 1, lett. *q)* del codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Invero, una decisiva facilitazione e incentivo all'accesso a tali servizi ed attività, anche di pagamento, potrebbe derivare dall'applicazione generalizzata di tecnologie biometriche (oggi, soltanto opzionali nei sistemi di autenticazione forte) le quali sarebbero utilizzabili da tutte le categorie sociali. Le tecnologie biometriche sono in grado di garantire una ragionevole univocità tra utilizzatore titolare e strumento di pagamento.

Le elevate potenzialità della biometria non escludono una serie di pericoli, che sono riconducibili innanzitutto al margine di errore, sia in termini di falsi positivi sia di falsi negativi; al rischio di falsificazione biometrica; infine – com'è facile intuire – ai rischi connessi alla perdita o al trattamento dei dati (personali e sensibili) utilizzati per il riconoscimento biometrico.

Appare opportuno considerare come, sul piano della tutela dei diritti e secondo gli attuali meccanismi normativi tuttora basati sulla richiesta di un consenso che è però solo formalistico, il trattamento del dato biometrico quando autorizzato non pone problemi difformi da quelli relativi ad altri dati personali e sensibili. Il tema richiede più attenta riflessione sul piano della politica del diritto, relativamente ai rischi potenzialmente derivanti da una incentivazione di tali sistemi tecnologici.

Riteniamo, tuttavia, che l'opportunità offerta dalle tecnologie digitali applicate al corpo umano a fini di identificazione, il cui sviluppo ne potrà ulteriormente potenziare i livelli di sicurezza, possa rappresentare, non solo nel settore dei servizi di pagamento, un'occasione per lo sviluppo del mercato e, al contempo, l'accesso ai servizi di categorie deboli, soprattutto nel contesto italiano, ancora fortemente arretrato quanto a sviluppo della digitalizzazione.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. ILARIA AMELIA CAGGIANO
Professore nell'Università "Suor Orsola Benincasa", Napoli

GLI OBBLIGHI D'INFORMAZIONE NEI SERVIZI D'INVESTIMENTO TRA NULLITA' E RESPONSABILITA'

1. – Il Tribunale di Napoli interveniva nel 2005 su alcune delle conseguenze derivanti dai noti scandali finanziari che avevano colpito i risparmiatori italiani. La pronuncia s'iscriveva in un ampio quadro di orientamenti giurisprudenziali cui seguì, nel 2007, l'intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass., SS. UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725) il quale confermò l'orientamento espresso nelle pagine che seguono.

La posizione fatta propria dai giudici napoletani escludeva la declaratoria di nullità, ai sensi dell'art. 1418, 1° comma, c.c., per le operazioni di acquisto di strumenti finanziari concluse in violazione dei doveri di comportamento imposti agli intermediari dalla normativa di settore.

Il tribunale, nella decisione da cui queste riflessioni prendono spunto, escludeva che la violazione di norme imperative - relative ad obblighi di comportamento ed informazione a carico dell'intermediario finanziario - possa produrre la nullità del contratto, «pena un'indebita confusione tra fase genetica e fase esecutiva […], poiché le informative che la banca è tenuta a dare «non incidono […] sul momento genetico del contratto, ma attengono, piuttosto al momento funzionale del rapporto ed alle prestazioni che sono concretamente dovute dalla banca». Pertanto, «non pare decisiva l'individuazione del carattere imperativo o meno delle norme violate, per trarne, come conseguenza, la sanzione della nullità ai sensi dell'art. 1418 c. c.»

2. La fattispecie oggetto di considerazione presenta uno schema binario:

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

(a) un contratto - avente, per così dire, carattere generale – che regola il rapporto tra intermediario e investitore e da cui, sorge l'obbligo dell'intermediario di acquistare, su ordine e nell'interesse dell'investitore, titoli;

(b) uno o, generalmente, più contratti di acquisto di titoli determinati eseguiti dall'intermediario sulla base dell'obbligo precedentemente assunto.

Col primo contratto l'investitore si assicura l'impegno, professionalmente qualificato, dell'intermediario ad operare in suo favore in acquisto di titoli, mentre, dal canto suo, l'intermediario ha di sicuro interesse ad acquisire clientela stabile. La realizzazione, in concreto, dell'intermediazione, acquisto – vendita titoli, resta invece affidata al secondo ed a successivi contratti.

I contratti tra investitori e intermediari, aventi ad oggetto la prestazione di servizi d'investimento, sono regolati dalla disciplina speciale contenuta nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), ove viene dettata la disciplina generale dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento (art. 23). Le diverse tipologie di servizi d'investimento sono individuate, in via tassativa, dall'art. 1, comma 5). Occorre richiamare i Regolamenti attuativi Consob di cui alla delibera 1° luglio 1998, n. 11522,[1] poi sostituito dal Regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari (delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato), per trovare la disciplina relativa alla prestazione degli altri servizi d'investimento oltre alla regolamentazione aggiuntiva del servizio di gestione di un portafoglio d'investimento (artt. 37– 46).

La materia dei servizi d'investimento è stata oggetto di una operazione normativa di ri-tipizzazione e di nuova disciplina ad opera della direttiva MiFid (2004/39/CE) di cui il nuovo Regolamento Intermediari è espressione. Le riflessioni che seguono, pur basate in gran parte sulla normativa pre-vigente, possono essere idonee tuttavia a fornire un quadro della configurazione della violazione dei doveri di informazione alla luce delle categorie del diritto privato italiano.

[1] Deliberazione Consob 1° luglio 1998 n. 11522 (G.U. 17 luglio n. 165, s.o. n. 125) e successive modificazioni ed integrazioni.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

3. Nel caso di servizio di negoziazione per conto terzi (in cui l'attività di acquisto e vendita di strumenti finanziari viene dunque effettuata sulla base di un apposito ordine del cliente), oggi denominato servizio di esecuzione di ordini per conto del cliente, si traduce in un'attività di compravendita di strumenti finanziari in cui le operazioni di investimento vengono effettuate su ordine e per conto dell'investitore, con o senza spendita del nome. In virtù del contratto che dà origine al rapporto, l'investitore ha facoltà di impartire ordini e l'intermediario è tenuto ad eseguire i contratti di compravendita di strumenti finanziari.

All'interno di questa cornice, l'ordine è collocato all'interno della fase esecutiva di un rapporto che ha come fonte il contratto generale di prestazione del servizio d'investimento, e svolge la funzione di individuare e determinare la prestazione dovuta da colui che è gia obbligato in base al contratto.[2]

Lo schema di qualificazione più prossimo è quello della commissione o del mandato (ad acquistare o vendere strumenti finanziari); ragguagliando, in tal modo, gli ordini del cliente alla banca alle istruzioni del mandante al mandatario (arg. *ex* art. 1711 cod. civ.).

L'attuazione del rapporto gestorio è disciplinata altresì dalla normativa di settore sull'intermediazione finanziaria (in particolare, art. 21 T.U.F. e art. 23, comma 6).

4. – I doveri di informazione, necessari «per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento» (art. 28, comma 2, delib. Consob 1° luglio 1998, n. 11522, oggi variamente rintracciabili negli obblighi generali – artt. 31 ss. Nuovo Regolamento Intermediari), si collocano in una fase temporale intermedia: quella che precede l'ordine relativo all'acquisto di prodotti finanziari.

In presenza di un ordine per l'acquisto di titoli si concretizza (per una seconda volta dopo la stipula del contratto relativo al servizio d'investimento) il reticolo di obblighi comportamentali a tutela del cliente e a carico dei prestatori di servizi d'investimento, regolati dal Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria e dai relativi regolamenti attuativi (*ex* artt. 21 del T.U.F. e regolamento Consob).

---

[2] In tal senso si esprime A. DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corriere giur.*, 2005, 1282 ss., in part. 1286.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

La norma richiamata prevede che l'intermediario si comporti secondo «diligenza, correttezza, trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati» (art. 21, comma 1, lett. *a)*, T.U.F.), acquisisca «le informazioni necessarie dai clienti» e operi «in modo che essi siano sempre adeguatamente informati» (art. 21, comma 1 lett. *b)*, T.U.F.).

Leit motiv della disciplina delle operazioni finanziarie effettuate per conto di clientela non professionale è dunque rappresentato da doveri d'informazione, attivi e passivi, gravanti sui soggetti che operano professionalmente nel mercato finanziario, finalizzati all'incremento non solo delle conoscenze della parte debole del rapporto ma anche di quelle che devono essere acquisite dall'intermediario, al fine di poter, avendone egli le competenze necessarie, interpretare al meglio il profilo del cliente.

E' importare notare tuttavia che nell'ambito dell'obbligo dell'intermediario di valutare la conformità (adeguatezza/appropriatezza) delle operazioni disposta dall'investitore al suo profilo e obiettivi di investimento, e di segnalarne l'eventuale non conformità, che impone un obbligo di valutazione dell'interesse della controparte contrattuale[3].

E' opinione concorde in dottrina che la previsione di doveri di comportamento corretto e diligente contenuta nei criteri generali per lo svolgimento dei servizi (art. 21 T.U.F.) richiami le clausole generali codicistiche, che sarebbero state comunque applicabili, ma allo stesso tempo si carichi di significati autonomi e speciali.

Ora, la stretta connessione dei due interessi è in grado di influenzare il giudizio di diligenza, correttezza e trasparenza relativo alla condotta dell'intermediario, la cui formulazione non solo mira a tutelare il soddisfacimento dell'interesse dell'investitore, ma più in generale gli interessi generali posti a presidio del funzionamento del mercato finanziario.

5. – L'analisi sviluppata nei paragrafi precedenti consente di verificare come si prestino ad essere variamente qualificate le violazioni degli obblighi informativi connessi allo svolgimento dei servizi d'investimento.

[3] Tale disciplina si sostanzia ai sensi del nuovo Regolamento intermediari in distinti obblighi di adeguatezza, appropriatezza, best execution secondo le diverse tipologie di servizi di investimento.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

L'impostazione inizialmente salutata con maggiori consensi dalla giurisprudenza voleva che il contratto stipulato in violazione dei doveri d'informazione fosse nullo.

Tale orientamento è stato successivamente sconfessato da pronunce di merito e di legittimità sulla responsabilità degli intermediari finanziari che hanno optato per una qualificazione in termini di responsabilità contrattuale.

L'orientamento giurisprudenziale che ha suscitato maggior clamore vede nella nullità c.d. virtuale il rimedio per la violazione dei doveri imposti all'intermediario. Secondo tale orientamento la violazione del dovere di comportamento (i.e. gli obblighi informativo-consultivi) non rimarrebbe limitata alla mera fase esecutiva del contratto, penetrando invece nel suo contenuto, in modo da rendere lo stesso schema negoziale in contrasto con gli interessi pubblici protetti dalla norma. L'atto che qui si assume nullo è il contratto generale di /per la negoziazione dei titoli.

Ci sembra opportuno replicare che violazione delle norme di condotta che il legislatore ha dettato all'intermediario finanziario, e che nutrono il regolamento contrattuale, non incide sul momento genetico dello stesso (il contratto) ma attiene a quello funzionale del rapporto, cioè, alle prestazioni che sono concretamente dovute dall'intermediario. Ne consegue che anche laddove si rintracciasse il carattere imperativo delle norme violate non se ne potrebbe trarre la sanzione della nullità per il contratto sul cui regolamento esse incidono. La loro violazione rimane rilevante solo sul piano dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento, a meno di non voler rintracciare nella prestazione di consulenza una essenzialità tipologica, tale da radicare l'identità della fattispecie e la cui totale inattuazione determini un problema di funzionamento della causa concreta.

E' stato poi obiettato che l'obbligo di informare/consigliare inerisca più propriamente non al primo contratto temporalmente rilevabile tra banca e cliente, ma alle singole operazioni d'investimento, in relazione alle quali specificamente l'intermediario è tenuto a fornire adeguate informazioni. In molti dei casi relativi all'intermediazione di prodotti finanziari venuti all'esame della giurisprudenza di merito, infatti, l'attore non invoca la nullità del «contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento» per contrasto tra la fattispecie e lo schema normativo, ma invoca la nullità della negoziazione dei titoli per inadempimento da parte

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

dell'intermediario delle regole di comportamento sancite dalla legge (citati artt. 21 T.U.F. e 26 – 29 Reg. Consob).

Questo diverso angolo visuale va tuttavia analizzato nel suo contesto specifico.

Se si accede alla tesi che opta per l'inquadramento strutturale della fattispecie in termini di mandato, e di conseguenza nega la natura negoziale dell'atto che veicola l'ordine dell'investitore, appare evidente che la predicabilità del rimedio della nullità è eliminato *in nuce*. In tal caso, infatti, assumendo l'ordine dell'investitore la forma della dichiarazione unilaterale di volontà non negoziale, sarebbe in principio esclusa l'applicabilità delle norme relative all'invalidità negoziale, ai sensi del 1324 c.c.

Il nodo problematico che può porsi è invece, aderendo all'orientamento contrapposto, se la violazione di un obbligo comportamentale, previsto da una norma imperativa, sia idonea a determinare la nullità, *ex* art. 1418, comma 1, c.c., del contratto successivo al comportamento contestato, con cui s'individua l'operazione finanziaria.

La norma, come noto, prescrive la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, secondo il principio del minimo mezzo, salvo cioè che il legislatore abbia apprestato un diverso rimedio. La normativa relativa ai precetti comportamentali che sovrintendono l'operato degli intermediari finanziari è certamente qualificabile come norma imperativa in virtù dell'interesse alla integrità dei mercati (e quindi alla trasparenza) che è oggetto anche di copertura costituzionale ai sensi dell'art. 47 Cost.

Ma l'esistenza di una norma imperativa e la stipulazione di un contratto in presenza di una sua violazione non sembrano essere elementi sufficienti a far concludere per un giudizio di nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. Alla stregua delle norme del codice civile, il giudizio di nullità si formula in base alla regolarità della formazione del programma negoziale, nel senso di rispondenza del regolamento d'interessi a un prestabilito *iter* o modello perfezionativo, siccome provvisto dei prescritti *essentialia negotii,* e inoltre sorretto da un adeguato fondamento giustificativo (art. 1418, comma 2, c.c.). Si tratta quindi di un giudizio relativo al programma ed espresso sulla base di criteri che sono gli elementi e i requisiti normativamente richiesti che comunemente si indica come attinenti alla struttura della fattispecie, quindi di carattere oggettivo. Tale configurazione del sistema della nullità nelle sue ipotesi tipiche

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

(le cause d'invalidità previste al secondo comma dell'art. 1418 c.c.) introduce elementi di chiarezza per il tema della c.d. nullità virtuale.

Nel caso di specie la norma imperativa non disapprova in modo immediato il contenuto del contratto. E' il comportamento di una delle parti, anche se anteriore al perfezionamento del contratto, non il suo contenuto a violare norme imperative e quindi esso solo non può cagionare la nullità del contratto.

L'opinione merita tuttavia di essere confrontata con l'obiezione che lo schema concettuale della fattispecie non sia più pienamente utilizzabile, in considerazione del compiuto «definitivo oltrepassamento» di tale concetto da parte della più recente disciplina legislativa delle nullità. Si allude principalmente a profili connessi alla tematica delle c.d. nullità di protezione, che comportano tanto controlli dell'equilibrio contrattuale quanto della forma dell'informazione rivolta al contraente debole. Naturalmente, un'analisi così indirizzata presuppone che si concepisca il quadro delle nullità di protezione non come un insieme di ipotesi tipiche, ma in un tentativo di ricostruzione sistematica, come espressione di principi che possono trovare applicazione, in via estensiva o analogica, in tutte le ipotesi in cui vi sia una parte "debole".

Analizzando i mutamenti del regime della nullità sotto il profilo delle cause, si può notare come, soprattutto per effetto del diritto europeo dei contratti, si dia ampio spazio sul piano dei rimedi alla logica della conformazione anziché a quella della fattispecie. Può essere causa di nullità l'iniquità delle pattuizioni, la difformità o il contrasto delle stesse con il contenuto minimo previsto dalla normativa speciale, il rinvio agli usi. La tecnica normativa però non è più quella del rifiuto integrale di protezione giuridica, ma della integrazione, della sostituzione di diritto delle parti caducate, della salvezza delle disposizioni favorevoli al contraente debole, al fine del rimodellamento del regolamento contrattuale. Va notato che, anche in questa prospettiva funzionalistica che guarda non solo all'atto ma anche al suo profilo prescrittivo (l'assetto d'interessi), la nullità si configuri comunque tecnica di governo del regolamento di determinate categorie di interessi protetti, non già rimedio per i comportamenti delle parti.

Un altro importante fenomeno attiguo a quello di cui si sta discorrendo, ovvero la formalizzazione dell'informazione e l'inserimento di quest'ultima, a pena di nullità, nel contenuto dei contratti unilateralmente predisposti, sembra anch'esso confermare che il volto del rimedio della nullità rispetto al comportamento dei

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

contraenti non muti. L'informazione viene prevista come contenuto necessario ed elevata a fondamento del valido venire ad esistenza dell'operazione contrattuale al fine di stimolare la conoscenza del contenuto del contratto di aspiranti acquirenti, utenti o risparmiatori. In tal modo non si fa che affermare che la conoscenza (*recte* il comportamento volto a promuovere l'informazione) dev'essere sempre veicolata nell'atto. Questo tipo di nullità resta, sebbene rinnovata, una tipica nullità «strutturale» che si manifesta a livello di composizione strutturale della fattispecie[4].

Le considerazioni sinora svolte inducono ad escludere che il rimedio della nullità virtuale invocato dalla giurisprudenza di merito per la sanzione di comportamenti dell'intermediario finanziario possa essere legittimamente richiamato, anche alla luce di una lettura sistematica dell'istituto. Inoltre il carattere "protettivo" di una presunta tale nullità virtuale sancirebbe la relatività della legittimazione attiva. E ciò può dirsi problematico essendo la limitazione della legittimazione in tal caso non prevista espressamente.

5.2. Nel paragrafo precedente si è tentato di chiarire come, anche accedendo a tesi alternative a quella condivisa in merito alla natura del servizio d'investimento in esame, il rimedio della nullità non sia invocabile nella fattispecie della violazione degli obblighi informativo - consultivi da parte dell'intermediario finanziario.

La responsabilità per inadempimento del contratto appare l'unica conseguenza compatibile con il nostro sistema giuridico, quando l'intermediario ometta di rendere le informazioni dovute al cliente, per violazione del dovere di correttezza.

Su tale piano si collocano tuttavia alcune difficoltà per la soddisfazione delle ragioni del cliente, le quali hanno indotto la giurisprudenza ad intraprendere la via della nullità.[5] Si allude in particolare alle difficoltà probatorie connesse al nesso di causalità e

[4] Considerazioni analoghe nel senso della limitazione dell'ambito delle "nullità di protezione" è in Cass., SS. UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, successiva alla pubblicazione della nota. *Ex plurimis*, un autorevole commento all'intervento della Suprema corte è in GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393 ss.

[5] Sulla giustificazione in termini di strategia processuale del richiamo alla nullità virtuale, *ex multis,* A. DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, cit., 1284; M. AMBROSOLI, *Doveri di informazione dell'intermediario finanziario e sanzioni*, cit. 1110 – 1111, G. COTTINO, *Una giurisprudenza in bilico*…, cit., 540- 541.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

alla quantificazione del danno che invece nella prospettiva dell'invalidità vengono bypassate dalla mera dimostrazione imperatività della norma violata e dal diritto alla restituzione delle prestazioni già eseguite.

Come si preannunciava gli ostacoli maggiori nei giudizi di risarcimento riguardano la dimostrazione del nesso di causalità, che va valutato alla stregua della eventuale diversa scelta che avrebbe effettuato l'investitore, ove adeguatamente informato. Ciò comporta quindi che il danno connesso al *default* dei titoli può considerarsi eziologicamente connesso all'inadempimento (omissione o inesattezza dell'obbligo informativo) solo a seguito dell'accertamento che la concreta informazione non resa dall'intermediario, ove resa, avrebbe dissuaso l'investitore dal compiere l'operazione, ovvero avrebbe condotto ad una scelta d'investimento diversa.

Un altro dato di problematicità si aggiunge: allorquando l'investitore subisce una perdita patrimoniale a seguito della mancata/inesatta prestazione degli obblighi informativo – consultivi dell'intermediario, l'antecedente più immediato e diretto del danno prodotto, a ben vedere, non è l'esecuzione difettosa di tali obblighi ma la decisione indotta, decisione che, probabilmente, se vi fosse stata una corretta informazione, sarebbe stata diversa. Si è tuttavia obiettato che il riconoscimento del carattere non negoziale (e quindi non innovativo) dell'ordine sarebbe in grado di rimuovere l'ostacolo (altrimenti atto negoziale) che s'interpone tra l'informazione non corretta e il danno subito, facendo recuperare un nesso di causalità più diretto ed immediato tra informazione e danno.

La considerazione del carattere contrattuale degli obblighi di informazione in capo all'intermediario consente di invocare, quando ricorra la non scarsa importanza dell'inadempimento, un altro rimedio specifico volto al recupero al risparmiatore della somma investita in titoli spazzatura: la risoluzione per inadempimento. Si tratta di soluzione ampiamente accolta dalla giurisprudenza. Il rimedio, avendo riguardo alla fonte degli obblighi in parola, colpisce il contratto base d'investimento (in quanto rapporto). Nel caso di specie, trattandosi di un contratto di durata, opera il disposto di cui all'art. 1458 c.c. e viene quindi travolto sì il contratto (per la prestazione del servizio d'investimento) ma limitatamente al solo ordine negoziato in difformità agli obblighi di condotta, senza che la risoluzione (e l'effetto restitutorio) si estenda agli altri ordini e acquisti posti in essere in forza del contratto base. La disponibilità

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

delle restituzioni e del risarcimento per il danno eventualmente subito (art. 1453, comma 1, c.c.) rendono la risoluzione rimedio non solo legittimo sul piano della correttezza nell'utilizzo delle categorie giuridiche ma anche il più accessibile per il risparmiatore.

Da ultimo, non si può omettere di segnalare il contributo teorico di alcuni autori che, volendo fornire rimedi adeguati ai risparmiatori danneggiati, hanno ricondotto la medesima fattispecie alla responsabilità extracontrattuale. I percorsi argomentativi sono differenti, ma convergono nell'intento di introdurre meccanismi oggettivi di responsabilità, che consentano di superare i limiti operativi del relativo giudizio – il requisito della colpa e/o quello del rigoroso nesso causale - nella prospettiva di una tutela di massa.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. ALISA CAINE
Senior Director Legislation and Counselling Department, Jerusalem

BANKING CONTRACTS – ISRAELI LAW

Introduction

The legal sources of banking Law in Israel are:

a. **legislation** In Israel, there in no general banking legislative framework, which regulates in one *corpus* the various aspects of banking law, or the various relationships between a bank and its customers. Banking law in Israel can be basically divided in:

I. regulatory legislation, which deals with the licensing aspects of banking law, the status of banks and the authorities and powers of the Bank of Israel. The main laws in this subject are: the Banking Act, 1941 (originating from the British Mandate period, and updated from time to time by the Israeli Legislative); the Banking law (Licensing), 1981; and the Bank of Israel Law, 1954;

II. the commercial and contractual legislation; the banking contract is regulated by the general provisions of Israeli Civil law (mainly the Contracts (General provisions), Law 1973, and the Contracts (Remedies) Law, 1970) and also by some specific banking legislation (the Uncovered Cheques Law, 1981; the Credit Cards Law, 1986 the Banking (Customer's Service) Law, 1981). This last law, together with its bye-laws, deals with contractual dispositions and other provisions of a consumer law character, such as the banks' obligations to publish fees, to give specific services, *et caetera*. An English translation of the law as it was first enacted – i.e., without its subsequent amendments – is hereby attached.

b. Due to Israel's nature as a mixed jurisdiction, the other important legal source which regulates the relationship between a bank and its customers is the **judicature,** the various judgments which have been given by the Israeli Civil Courts, and especially the

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Supreme Court, whose judgments are binding upon the lower courts.

c. Anther relevant legal source is naturally the **specific contract**. Since most banking contracts are standard ones, they are also subject to the provisions of the Standard Contracts Law, 1982. This law, inter alia, empowers the Attorney General and Bank of Israel to demand the Standard Court tribunal to invalidate contractual provisions included in a standard banking contract if such provisions are unfair to customers. In recent years, the Bank of Israel and the Attorney general have made use of their authority regarding provisions of bank deposit contracts, mortgage contract, and other banking contracts. Most of these proceedings are still pending, either before the Standard Court Tribunal or before the Supreme Court (in appeal from the Tribunal).

The Italian Civil Code provisions

Art. 1834 – Cash deposits – According to various Supreme Court judgements, based upon traditional English judicature – which in turn is based upon Roman law – the relationship between the bank and the depositor is that between a borrower and a lender. This relationship shifts: when the deposit account is overdraft, then the bank is the lender and the customer is the borrower; when the deposit account is "in the black", then the bank is the borrower[1]. Some commentators see the relationship as a more complex one, and classify it as a *sui generis* one[2]; some courts' decisions also point out the relevancy of many fields of law in defining the bank-customer relationship, besides contractual loans' law – such as the Trust Law, 1979, the Bailiffs' Law, 1979, the Guarantee Law, 1969[3]. The various obligations concerning currency, mode of restitution and mode of withdrawals are to be found in the banking contract,

[1] See Add. Hearing 32/84 The Estate of Walter Nathan Williams OBM v. Israel British Bank (London) (in liquidation), Supreme Court Judgments, vol 44 (2), 265, at pp. 272-273.

[2] See R. Ben Uliel, Banking Law (General Part), the Harry Sacher Institute for comparative Law, Hebrew University, Jerusalem, 1966, at page 155.

[3] Misc. (Jerusalem) 195/97 A.G. v. Bank Leumi for Israel Ltd., decision of June 10th 2004, (not yet published), paras. 95-107; Standard Contracts 8010/02 The bank of Israel's Banks' Comptroller v. HaPoalim Bank Ltd., Judgment dated February 9th, 2006 (not yet published), para. 9.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

which is regulated by the dispositions and directives which the Bank of Israel issues from time to time. A contractual provision in the standard contract of Bank Leumi for Israel Ltd, which referred to the Bank of Israel's directives a amended from time to time, and which gave the customer the opportunity to obtain details about the directives in force at the branch where the deposit was managed, was deemed by the Standard Contracts Tribunal not unfair to the customer[4].

Art. 1835 – Accounts and Deposits Passbook – The Italian Civil Code sets forth in this Article, that entries made in the passbook which are signed by an authorized bank clerk constitute full proof between the bank and the depositor, any agreement to the contrary being invalid.
In Israel, Articles 35 and 36 of the Evidence Act (Revised Version), as amended by the Computers' Law, 1995 deal with the evidentiary value of "institutional records", which include also bank records. According to these provisions, institutional records will be acceptable proof in court proceedings, subject to some specific conditions which the party seeking to introduce the records has to prove, and which regard the way of managing and keeping the records and, if the records are computerized, their dating. The Act specifically gives the party which did not introduce the records the right of cross questioning witnesses to disprove the records themselves and thus clarifies that institutional record are not absolute proof.
In a recent decision, the Standard contracts Tribunal invalidated a provision included in Bank Leumi for Israel Ltd' s general provisions contract which gave the bank's records the weight of *prima facie* evidence[5]; the Tribunal noted, that under the Evidence Act as it was before its 1995 amendment, banks' records had indeed a *prima facie* evidentiary value: however, the amendment modified this provision and thus eliminated the special evidenciary weight of banking records; therefore, the question arises whether a standard contract provision which purports to restore the legal situation as it was before the amendment is unfair. In an innovative ruling, the

[4] Misc. (Jerusalem) 195/97 A.G. v. Bank Leumi for Israel Ltd., decision of June 10th 2004 (not yet published), paras. 369-370.

[5] Misc. (Jerusalem) 195/97 A.G. v. Bank Leumi for Israel Ltd., decision of June 10th 2004 (not yet published), paras. 328-339.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Tribunal ruled in the affirmative, stating that such a contractual provision actually shifts the burden of proof to the customer, and thus is unfair. As mentioned above, the Tribunal's judgement is now pending in appeal before the Supreme Court.
It is to be expected, that a contractual provision setting forth that banking records have an evidentiary weight of "full proof" as the Italian Civil code sets forth would be stricken by the Standard Courts tribunal or by the Courts[6] as unfair to the customer[7].

Art. 1836 – Qualification of holder – The issue of the bank's responsibility for a cheque issued to the porter is set forth in the Bills of Exchange Act and the relevant judicature. A bill of exchange – a term which includes also a cheque – issued to the porter is one which from its incept has been issued to the porter, or one whose last endorsement is not to a defined person[8]. Article 23 (3) of the Bills of Exchange Act exempts from responsibility "a person who cashed a cheque in good faith and in the ordinary course of business". It is to be noted, that the question of bank's responsibility for a cheque payable to the bearer is one of the many issues concerning civil responsibility of banks towards their customers.

Art. 1838 – Deposit of securities for administration – In the activity of securities managing, the fiduciary duties of the bank towards the depositor are to be noted. All the duties set forth in Art. 1838 stem from the role of the bank as trustee and bailiff for the depositor of the securities.
Israeli legislation, (mainly the Banking (Customer's Service) Law, 1981 with its bye-laws, and Bank of Israel directives), regulate banking fees in general – and not just securities management fees – and obliges banks to give suitable information to its customers about them, in periodical statements sent to them by mail, separated

[6] According to the Standard Contracts law, 1982, a party to a civil proceeding can raise a claim of unfairness against a contractual provision which is relevant to the case in issue; the court is empowered, either upon the raising of such a claim or by its own discretion, to strike such a provision, unless it has been previously certified by the Standard contracts Tribunal, upon previously asking the Attorney General whether he wishes to join the proceedings.

[7] See Civil Appeal 699/89 Hilulim (Packing and Marketing) Ltd. V. Mizrahi United Bank, Supreme Court Judgments, vol 45 (2), 188, at p. 197.

[8] Art 7 (c), Bills of Exchange Act.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

from the account statement. Due to a banking shares crash which took place in the eighties, the Israeli legislative issued a set of laws dealing with the duties of banks and bank's employees when counselling a customer about financial investments.
Under Israeli law, a contractual provision exempting the bank from liability for common negligence will be deemed by the standard Contracts Tribunal and the courts as unfair and thus void. It is possible that the tribunal and the Courts would strike a provision exempting the bank from other kinds of liability as well.

Art 1839 – Safe deposit boxes – Israeli legislation does not deal with the subject matter of sage deposit boxes contract. Except in the case of a joint safe deposit box, upon the death of one of the depositors[9]. There are different opinions about the nature of the legal relationship between the bank and the depositor in a safe deposit box contract: some commentators hold that the bank is a bailiff, and thus is liable for loss or damage to the objects kept in the safe, unless caused by an event not under its control; others dispute this opinion, claiming that the bank does not have a sufficient level of control over the goods contained in the safe deposit, to classify it a s their possessor and thus their bailiff, and support the view that the bank is a lessor. This conclusion finds basis in Art. 10(8) of the Banking Act, 1941, which classifies the transaction regarding safe deposits as "the rental of safe deposits", and in the judicature[10]. The custom of banks in Israel is also to entitle the contract concerning safe deposit boxes as a rental contract. According to the Lease and Loan Law, 1971, the lessor is not obliged to guard the rental property or its contents, unless such a duty can be inferred from the specific contract. Considering this discrepancy between the definition of the rental contract and that of the safe deposit box, some commentators[11] classify the deposit box contract as a *sui generis* contract, which includes an implied clause which obliges the bank to create a sufficient level of safety and security, which would override any clause in the contract denying the bank's responsibility, either in contracts or in torts, for any damage stemming from a breach of its implied duty.

[9] Art. 13a, Banking Act, 1941.

[10] Civil Appeal 546/78 Kupat Am Bank v. Endeles and others, Supreme Court Judgments 34 (3), 57 at p. 59.

[11] Ben Uliel, above, at page 462.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Art. 1840 – Opening of the safe deposit box – Art. 13a of the banking Act, 1941, sets forth that if a bank has rented a safe deposit box jointly to two persons or more, upon the condition that upon the death of one of them, the other or others shall be entitled to keep on using the safe, the condition shall be valid in the relationships between the bank and the parties to the contract, even after the death of one of them. Under inheritance laws, however, *inter vivos* gifts are void unless made in a will. Thus, the legal situation would appear to cause a split between the rights and duties of the bank towards the surviving customer and the rights and duties to the heirs of the other customer towards the surviving one.

Art. 1841 – Forced opening of the safe deposit box – The issue is not regulated by main legislation. The Bank of Israel has issued directives relating to the situation in which the lessor of the safe deposit box has stopped his rental payments and has not been in touch with the bank. In this situation, when the period is very long, Israeli Law permits to relate to the safety box contents as "relinquished property" which, upon a suitable inquiry and a Court decision, would revert to the General Custodian. Under the Bank of Israel 12/95 directive, a bank has to set forth regulations stating upon which conditions and how it will relate to safe deposit boxes as "relinquished property". Clearly, though, the period would have to be much longer than fifteen days.

Art. 1842 – Bank Credit – Notion and Art. 1843 – Utilization of bank credit – Amongst the services which a licensed bank is authorized to give, under Art 10 the Banking (licensing) law, 1981, is also the giving of credit. "Credit" is defined in this Act in a very broad manner, including guarantees, acceptance of bills of exchange, financing by way of property rental, certificate credit and undertaking to pay sums owed by another. The provisions regulating the pattern of credit and the specific manner of use and withdrawal are set forth in the credit contract. It is interesting to note that under Israeli judicature, a customer's right to credit from a bank can be attached by a creditor of his only if the right of the customer towards the bank is not dependent upon the bank's discretion[12].

[12] Civil Appeal 323/80 Eltit Ltd. V. Leumi Bank for Israel Ltd., Supreme Court Judgments 30 (2) 673, at p. 683.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Art. 1844 – Security – The law applying to bank securities is the general securities law, as set forth mainly in the Pledge Law, 1967. According to this law, a pledge is a servitude to property as guarantee to the fulfilling of an obligation. Art. 15(a) of the law sets forth that if the obligation is rescinded, the pledge is extinguished; but Art. 15 (3) specifies that the provisions of the article do not impair the validity of a pledge securing a renewable obligation. According to Art. 7 of the Pledge Law, the pledge covers also interest charges, expenses and damages incurred by the lendor; but the same article also sets forth that if the extent of the obligation has been increased by a successive agreement between the parties, the original pledge will not cover the new obligation, and a new pledge will have to be created. On this ground, the Standard Contracts tribunal has stricken as unfair a provision of a banking contract setting forth that the right of the bank to all the pledges ever given by the customer to cover any of the customer debts[13].
The decision is pending in appeal before the Supreme Court.
The rules governing the exchange of the security and the boundaries of the bank credit are set forth in the specific banking contract. Bank of Israel regulations deal with the proportion of the value mortgage ad a security to the loan in which it is given, and to the possibility to shift the mortgage to a property bought with the proceedings of the sale of the original mortgage property.

Art. 1846 – Withdrawal from contract – The Standard Court Tribunal examined recently a provision of a bank contract according to which the bank is entitled to diminish or cancel a customer's credit, upon then days' previous notice or even immediately, in any circumstance in which the bank is at risk of non-restitution or upon any circumstance which justify this step, at the unfettered discretion of the bank. The Tribunal held that the provision is unfair to the customers and thus void. The tribunal noted that the law does not oblige the bank to give credit to its customers and that the bank can, in certain circumstances, diminish the credit and even cancel it; but the Tribunal held that when the bank decides to give credit to a customer, the rule has to be that the right of the bank to withdraw the credit has to be subject to considerable changes in the financial status of the customer, which

[13] Misc. (Jerusalem) 195/97 A.G. v. Bank Leumi for Israel Ltd., decision of June 10th 2004, (not yet published), paras. 258-268.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

cast a strong doubt on the customer's capacity to defray his debt. To the Tribunal's opinion, the contractual provision which it examined gave too broad a discretion to the bank and thus is was deemed to the unfair. As to the extent of the advance notice, the Tribunal referred to the Banking (Service to Customers) regulations, which set forth an advance notice of ten days of less[14]. The ruling of the Tribunal is presently under appeal before the Supreme Court.

Art. 1846 – Disposability of things pledged - According to Israeli law, one of the ways in which it is possible to perfect a pledge is by depositing it with the creditor or with somebody on his behalf[15]; thus, the pledge is in force as long as the goods are deposited. According to Art. 10 of the Pledge law, 1967, if the owner of the pledged goods has not stipulated otherwise, the creditor or the person with whom the goods have been deposited cannot make use of them. If the owner of the pledged goods has given permission to use them, then the person with whom the goods have been deposited has to pay suitable consideration to the owner. If the pledged goods bear fruits which are not durables, then the owner is held to have allowed their use.

Art. 1847 – Insurance of goods – The rules of bail apply also to the duties of a creditor with whom a pledge has been deposited. The Bailiff Law, 1967 sets forth general liability rules for bailiffs, without specifically setting forth an obligation to insure bailed goods.

Art. 1848 – Safekeeping expenses – Art. 8 of the Bailiff Law, 1967, sets forth that the owner of a good held in deposited pledge, has to refund the possessor of the deposited pledge for all the expenses reasonably incurred as a result of the deposit.

Art. 1849 – Withdrawal of goods or securities – The main legal basis of the pledge **is** the actual contract between the parties. If the contract allows for the anticipated fulfilment for the obligation to secure which the pledge has been given, then it will be possible to release the pledge. The same can be said, in broad terms, as per the

[14] Misc. (Jerusalem) 195/97 A.G. v. Bank Leumi for Israel Ltd., decision of June 10th 2004, (not yet published), paras. 17-29.

[15] Pledge law, 1967, Art. 4 (2).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

exchange of the goods pledged for other goods. All such contractual provisions in a banking contract will naturally be subjected to the provisions of the Standard Contracts Law, 1982.

Art. 1850 – Decrease in security – According to Art. 21 of the Pledge Law, 1967, the court can, upon the request of the owner of the pledged goods, their possessor or the creditor, order for the anticipated sale of the pledged goods or give other instructions in their respect, if the pledged goods are about to be damaged, or lose a significant percentage of their value, or in the case in which the rights of the parties are likely to be infringed upon. The sum thus collected by the proceeds shall be offset against the debtor's debt.

Art. 1851 – Advance secured by an irregular pledge – As per the validity of a contractual provision which pledges goods as security to all the debts of a bank's customer, see above comments to Art. 1844.

Art. 1852 – Disposal of credit by customer – The right of the customer to dispose of the credit is a course conditional to the general provisions of civil law and to rights and interests of third parties over it – such as attachments. Bank of Israel directives dealing with proper banking practices list a number of conditions which the bank can legitimately ask to be fulfilled previous to the closure of an account. Amongst them is also mentioned the withdrawal of all monies in credit to the account.

Art. 1853 – Compensation for balances in more than one relationship or more than one account – The right of the bank to offset a customer's credit against his debts exists in Israeli law under the general provisions of civil law, and especially Art. 53 of the Contracts Law (General provisions), 1973. In a recent decision[16], the Standard Contracts Tribunal reviewed contractual provisions relating to the bank's right to offset payments. The Tribunal held, after having also checked comparative law, that the right to offset payments should be exercised by the bank conditional to suitable notice, since this is the rule under Israeli general civil law. Such notice has to be given before the exercise of

[16] (Jerusalem) 195/97 A.G. v. Bank Leumi for Israel Ltd., decision of June 10th 2004, (not yet published), paras. 221-257.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

the right in the case of foreign currency accounts, since the bank is likely to sell the currency in order to defray the customer's debts. In regard to future debts, the Tribunal held that the right of offset should apply only to cases where it is reasonable to expect non payment on the part of the customer, and not to every future debt. The Tribunal held also that the right of offset should apply only to monies owned by the customer, and not, for example to monies held by him in trust for others. As per joint accounts, the Tribunal held that in exercising the offset against debts of only one of the customers, the bank should allow the other parties to prove that the monies are theirs, and do not belong to the customer who is in debt to the bank.

The Tribunal, in the same decision, reviewed also contractual provisions of banking contract according to which the bank is entitled to exercise a lien over different types of property, including monies in the customer's account and property held on behalf of the customer, even if the customer is not its owner, until the customer pays all his debts and dues to the bank[17] After a very thorough analysis, the Tribunal concluded that it is advisable to give recognition to the existence of a banking lien, which is created by the contractual provisions; however, the Tribunal held that the lien should apply on behalf of others. In regard to future debts, the Tribunal held that the lien should apply only to cases where it it reasonable to expect non payment on the part of the customer, and not to every future debt.

As mentioned above, all these findings of the Tribunal are presently under Appeal before the Supreme Court.

Art. 1854 – Current account in name of more than one person – Under the Israeli judicature the norm is similar to that in force in Italy – if any of the customers in the joint account has the power to act individually over the whole account, then the bank is entitled to defray its debt against the whole account[18].

[17] (Jerusalem) 195/97 A.G. v. Bank Leumi for Israel Ltd., decision of June 10th 2004, (not yet published), paras. 193-220.

[18] Civil Appeal 1967/90 Giberstein v. Giberstein, Supreme Court Judgments, 46 (5), p. 661.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Art. 1855 – Transactions on indefinite time basis – Israeli legislation does not include provisions regarding indefinite terms transactions, apart from a provision specifically regarding indefinite term rentals and loans. However, in the draft of the Civil Code, which has been recently published, it is suggested to legislate a general provision according to which a contract for an indefinite term can be rescinded by previous notice, which has been given a reasonable time in advance. It is to be expected that the reasonability of the advance notice will be decided on a case to case basis and not as a set amount of time, as per the Italian Civil Code – in absence of proof of custom.

Art. 1856 – Execution of instructions - According to commentaries and the judicature[19], formally, the definition of the legal relationship of the bank and the customer when the former executes instructions given by the latter, is indeed one of agency, it is not enough to expect the bank to bear a "best effort" burden of duty only, especially taking into account that the bank holds monies and property in trust for the customer, so the duty would actually appear to be a result one.
According to Art 16 of the Agency Law, an agent cannot appoint an agent to perform the subject matter of the agency, unless he has been specifically allowed to do so in the agency contract. Thus, provisions in banking contracts set forth the possibility of the bank acting through a correspondent .

Art. 1857 – Applicable Rules – See comments to the provisions themselves, under.

Art. 1858 Notion – and 1859 Discount of Bills of Exchange - A similar conclusion is reached under Israeli Law, which would see the relationship hereby described as one regulated, besides Banking law, by the Sale Law, 1969 and the Bills of Exchange Act[20]. The different between discount of bills of exchange (which is intended as the sale of the bill of exchange) and pledge of bills of exchange is a subtle one which would have to be decided on the merits of each case,

[19] Ben Uliel, above, at page 422 (Jerusalem) 195/97 A.G. v. Bank Leumi for Israel Ltd., decision of June 10th 2004, (not yet published), para. 149 (under Appeal).

[20] S. Lerner, Bills of Exchange Laws, Israel Bar Publication, 1999, paras. 13.8-13-9.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

considering especially the contents of the specific contract and the intention of the parties[21].

Art. 1860 – Discount of drafts with document attached – The question of ownership on the goods in case of discount of drafts with documents attached (as opposed to, for instance, pledge of the same goods), would be decided under Israeli law on a case-per-case basis, giving consideration to the intention of the parties and the contractual provisions.

Art. 1823 – Current Account – Notion – Israeli judicature recognizes the right of the bank to collect debts before they come due, if some circumstance has arisen which changes for the worse the economic stability or objectively puts in serious doubt the ability of the customer to defray them (such as an attachment on the customer's monies)[22].

Art. 1824 – Claims excluded from current account – The issues dealt with in this article will, under Israeli law, be dealt with by general provision of Civil Law (as per the first part of the Article) and by the provision of the contract and the interpretation of the parties' intention (as per the second part of the Article).

Art. 1825 – Interest – The issue of banking interest rates is subject to Bank of Israel's regulatory powers. Secondary legislation also rules the issue of computation days for interest purposes[23] and the issue of reasonable discovery of interest rates[24].
Contractual provisions cannot go against mandatory regulations of the Bank of Israel.

Art. 1826 – Expenses and Commissions – The right of the bank to excise expenses and commissions is limited by the regulations, bye laws and by the directives of the Bank of Israel as per their type,

[21] Lerner, above, para 13.10.

[22] Civil Appeal 57/89 HaPoalim Bank Ltd. V. Southern Compressors Ltd., Supreme Court Judgments 45 (3), p. 182.

[23] See Banking Instructions (Customer's Service) (Computation of Interest), 1990.

[24] See Banking (Customer's Service) (Proper Discovery and Consignment of Documents) Regulations, 1992.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

their amount and the duty of proper disclosure to the customer and submission of periodical reports.

Art. 1827 – Effects of entry in account - The provision can be interpreted as effectively exempting the bank from any damage arising from the registering of entries in accounts, even if the entry has been registered negligently and the bank knew or should have known that the transaction from which the entry arose was void or had been annulled. This is not the law in Israel and a contractual provision setting forth otherwise would most probably be stricken as unfair under the Standard Contracts Law, 1982.

Art. 1828 – Effects of security for claims entered – Under Israeli Law, the actual transfer of rights to the security given to a claim included in an account would have to be proved on a case to case basis.

Art. 1829 – Claims against third persons – See above, comments to Art. 1827.

Art. 1830 – Sequestration or attachment of balance – The subject matter of effect of attachment of bank accounts is regulated by the general and specific provisions of the Civil procedure and the Execution of Judgments legislation. In general, once an attachment order has been served upon the bank were the account is managed (and in Israel such order, when given by the execution of Judgment's Office, can be served also electronically by the Office itself), the monies in the account, up to the amount attached, are "frozen" and the bank cannot allow remittances. Under art. 48 of the Execution of Judgments Law, 1967, the Head of the Execution of Judgments Office is empowered to order a third party upon whom an attachment order has been served, and which has breached its provisions without reasonable cause, to defray a sum up to the amount of the attachment order. As per the effect of an attachment order on the validity of the contract between the parties, see above, comments to Art. 1823. It is to be noted that Israeli judicature recognizes, in principle, that other events apart from the existence of an attachment order can be sufficient cause for the rescission of the contract, provided they give reasonable and subjective grounds to the doubt that the customer will not defray his debts.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Art. 1831 – Closing of account – The time of closure of the current account is determined by the specific contract or by banking usage.

Art. 1832 – Approval of account – Under Israeli law, the duty of the bank to send statements of account and their timing stem from bank usage and legislation; and the duty of the customer to check them stems from the banking contract[25]. There is sound ground to the belief that if the contract does not spell out such a duty, the bank cannot oblige the customer to check the statements by setting forth this duty in the statements themselves[26].

Art. 1833 – Withdrawal from contract – As per the withdrawal from a contract for an indefinite time, see above comments to Art. 1855. Considering the special nature of a banking account as a personal relationship, the death of the customer brings about rescission of the contract, but the bank is entitled to honour the contract provisions until it has actual knowledge of the death. A different rule applies to a joint account in which the parties have set forth that upon the death of one, the other shall be entitled to manage the account by himself, subject to inheritance laws[27].
As per insolvency, see above comments to art. 1823. In Israel, according to Bankruptcy laws, there are various stages to bankruptcy proceedings. It is not clear to us to which of the stages, if at all, the term "insolvency" refers to in this context. As per disability, the rescission would be justified if the bank could prove that the event has relevancy to the ability of the customer to defray his debts (see above, comments to Art. 1823), and if the contractual provisions allow for it. Interdiction, especially if per mental causes, is considered a reasonable cause for the bank to rescind the legal relationship, due to its nature as *intuitus personae*.
As per payment of the balance, the regulations issued by the Bank of Israel do not seem to allow the bank to postpone payment of the balance until the contractual term.

[25] See Ben Uliel, above, at page 163; Banking (Customer's Service) (Proper Discovery and Consignment of Documents) Regulations, 1992.

[26] See Ben Uliel, above, at pages 164-165.

[27] See Ben Uliel, above, at pp. 434-435; Banking Act, 1941, art. 13a (see above, comments to art. 1839).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. FRANCESCO CAPRIGLIONE
Professore nell'Università "G. Marconi", Roma

UN APPUNTO CON BREVI CONSIDERAZIONI

L'ampia e complessa tematica, affrontata nella lettera inviata agli accademici, investe il problema della sistemazione in sede codicistica della materia bancaria, assicurativa e finanziaria.

Al riguardo mi permetto di sottolineare che, dopo i numerosi interventi normativi del regolatore europeo *in subiecta materia*, può dirsi venuta meno la tradizionale distinzione dei rapporti negoziali in parola, oggi accomunati sotto l'egida della disciplina delle negoziazioni dei prodotti finanziari.

Ma v'è di più. La disciplina speciale, interagendo sulla realtà di mercato, assolve ad una innovativa funzione tutrice della correttezza operativa, in quanto consente al consumatore di servizi finanziari di superare le asimmetrie conoscitive, incrementando i livelli di trasparenza a tal fine necessaria. Sicchè, a mio avviso, va progressivamente perdendo significato la rilevanza del "contratto" bancario e assicurativo, inteso nella loro tradizionale riferibilità alla regolazione codicistica.

Un moderno progetto di ricerca deve tener conto di tale processo evolutivo della normativa, ampliando il quadro d'indagine alle altre (numerose) disposizioni riguardanti il paradigma delle relazioni che intercorrono tra intermediari ed acquirenti di prodotti finanziari; sì come, del resto, sembrano orientare alcuni recenti lavori scientifici nei quali si analizzano i 'modelli' e gli 'strumenti' che qualificano i rapporti di cui trattasi.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. MARIELLE COHEN-BRANCHE
Conseiller à la Cour de cassation, Paris

REFLEXIONS A PROPOS DE L'ELABORATION D'UN CODE EUROPEEN DES CONTRATS PORTANT SUR LES CONTRATS BANCAIRES

Que l'Académie des privatistes européens dont le siège est à Pavie, capitale des Lombards, ait choisi les contrats bancaires, pour poursuivre l'élaboration du projet du code européen des contrats ne peut être le fruit du hasard!

L'histoire illustre, depuis le XI° siècle, à la faveur d'une exceptionnelle expansion des échanges commerciaux, la richesse des apports des différents commerçants et financiers européens à l'émergence de ces contrats à travers la création des principaux instruments bancaires.

Bien sur, à tout seigneur tout honneur, la lettre de change, perfectionnée par les «*banquieri* »[1] italiens devenue un instrument de crédit grâce à sa transmission par simple signature, le fameux « endos », et la comptabilité en partie double qui permet le virement et la compensation, et est à l'origine du compte courant.

Vers le XIII° siècle, ces spécialistes de prêts sur gage qu'étaient les Lombards[2], nous ont laissé la fameuse « année bancaire des Lombards », méthode de calcul des intérêts annuels sur la base simplifiée d'une année fictive de 360 jours, et perpétuée de façon bien avantageuse pour les banques, que la Cour de

[1] Dont bien sur il est inutile de rappeler qu'ils ont laissé l'indestructible terme de «banqueroute» comme sanction au titre de la faillite, en mémoire de la «banca rotta» le banc primitif réservé au changeur qui est rompu faute, par ce dernier, d'honorer ses obligations.

[2] Qui n'ont pas plus été gênés que les Templiers par l'interdiction du prêt à intérêt fulminée par l'Eglise catholique.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

cassation française vient encore tout récemment d'encadrer strictement au regard des exigences de calcul du taux effectif global (TEG)[3] .

Les dates de valeur ont, pour leur part, été inventées par les banques allemandes au XVI° et XVII° siècles grâce à la méthode « hambourgeoise » de calcul des agios, tandis que les billets au porteur, ancêtres des billets de banque, la monnaie scripturale, ont été mis en circulation par la Banque de Venise. Dans ce trop bref tour européen il convient de ne pas oublier les Provinces Unies qui ont édifié la Banque d'Amsterdam qui a développé sa propre monnaie, et à laquelle a succédé à la banque d'Angleterre qui a amélioré la technique de l'escompte en 1694, lancé le chèque en 1742 et systématisé la compensation interbancaire en 1773. Mais ce marché de l'argent ne s'est pas développé partout au même rythme et avec la même efficacité : le commerce de l'argent ne prendra son essor dans un pays comme la France qu'à partir du XVIII° siècle.

Cette invention commune des moyens de paiement par les marchands des différents pays européens [4] ne saurait masquer combien les banques sont demeurées pendant des siècles sous la tutelle vigilante des autorités publiques nationales. Le commerce de l'argent et la distribution du crédit joue un rôle majeur dans la vie des individus, des entreprises, mais aussi des Etats, en quête perpétuelle de moyens financiers. La dérégulation du secteur bancaire n'est intervenue que très récemment[5], en raison de l'ouverture internationale de l'économie, de l'adhésion aux règles de marché et de l'incidence de la mise en place progressive d'un marché unique européen. Le statut des opérateurs du système bancaire, qui demeure soustrait au droit commun, est de plus en plus influencé par les directives européennes. Seuls les établissements agréés peuvent procéder à des opérations de banques, En France, l'article L. 311-1 du Code monétaire et

[3] Cass. Com 17 janvier 2006 Bull. civ. IV, n° 11 et 10 janvier 1995 Bull. civ. IV, n° 8.

[4] V. DESCHANEL, «*L'institution bancaire*», Dalloz, Connaissance du droit, RIPERT et ROBLOT, *«traité de droit commercial»* t. 2 16 édition par Delebecque et Germain, LGDJ 2000 n° 2217 et suivants, *« les contrats bancaires»*, Jurisclasseur Banque et Crédit, Fasc. 130.

[5] Il ne restait plus en France que 4 banques sous contrôle public contre 112 en 1984.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

financier énonce cette règle en précisant que ces opérations bancaires comprennent *: la réception de fonds du public, les opérations de crédits, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion des moyens de paiement***.**

En revanche, le contraste demeure fort, dans la plupart des pays européens, entre les opérateurs bancaires, dont la profession est strictement encadrée, et les opérations bancaires qui se réalisent le plus souvent par simple contrat.

Si le droit bancaire notamment, en raison de sa spécificité, est à la croisée du droit civil, commercial, financier, de la consommation et du droit pénal, il se révèle, à un examen plus attentif, relever plus souvent qu'on ne le croit, du droit commun et des principes généraux du droit.

Le droit bancaire français est en effet un droit essentiellement conventionnel, fondé sur la théorie générale des obligations, laquelle est commune à beaucoup de législations européennes.

- Le code monétaire et financier regroupe les diverses lois financières et bancaires.
- Le code de commerce regroupe un certain nombre des règles essentielles relatives aux instruments de paiements chèques et effets et aux sociétés commerciales.
- Le code civil demeure la base indispensable pour appréhender une telle matière car y figurent les règles de capacités, l'ensemble du droit des contrats et de la responsabilité.

Aussi, une réflexion sur des propositions qui pourraient être suggérées pour l'élaboration d'un code civil européen traitant des contrats bancaires implique de vérifier, chaque fois, que les principes généraux du droit ne suffisent pas à apporter une solution et exigent une législation spécifique. Pour ne prendre qu'un exemple, pourquoi légiférer sur l'affacturage si le mécanisme civiliste de la subrogation suffit à apporter une solution satisfaisante ?

Trois observations en préambule :

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

1. Le droit bancaire est un droit évolutif, imaginatif, qui se façonne constamment pour s'adapter aux besoins de la société ; il naît souvent de la pratique bancaire encadrée et contrôlée par la jurisprudence, par exemple, les garanties autonomes[6] à première demande ou le crédit « revolving », ou bien par des pratiques internationales, par exemple, celles qui ont forgé les Règles et Usances Uniformes des crédits documentaires, les célèbres RUU, sous l'égide la chambre de commerce internationale (CCI). Celle-ci les a élaborées et les fait évoluer, sous le contrôle, là également, de la jurisprudence. Ce droit se façonne également constamment grâce à l'innovation technologique : les techniques de transmission électroniques des données pour la gestion du traitement de masse des moyens de paiement et les outils d'automatisation des transactions ont permis l'émergence de la banque à domicile grâce au développement de l'internet.

La Cour de cassation française a accompagné, sans heurt cette révolution silencieuse de la dématérialisation des moyens de paiement : sa fermeté de principe vis-à-vis des techniques électronique de gestion, qui demeurent subordonnées à la règle de droit, n'a eu d'égal que son respect de la volonté des parties dès que les banques ont pris soin de contractualiser ces techniques. La réussite de cette révolution[7] tient également à la souplesse des conventions de preuves, licites même avec des particuliers. L'exemple le plus frappant est sans conteste celui des cartes bancaires.

2. Les contrats bancaires, marqués par *l'intuitu personae*[8],

[6] Dont la reconnaissance par le législateur dans un nouvel article 2321 du Code civil français vient d'être seulement consacrée (V. Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 sur les sûretés).

[7] Pour la première fois en France, en 2003, le nombre des opérations effectuées par carte bancaire l'a emporté sur celui des chèques. En 2004, les paiements par virement et prélèvement réunis ont également dépassé les chèques.

[8] Ce qui a une incidence directe lors de la conclusion de la convention de compte bancaire, la banque ayant toujours la liberté de refuser l'ouverture d'un compte, certes de façon quelque peu encadrée depuis la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre l'exclusion (art. L. 312-1 du Code mon. fin.). L'*intuitu* apparaît également lors de la résiliation de la convention. Cette dernière n'a pas à être motivée. Seul un délai de préavis est nécessaire, sauf circonstances particulières conduisant à la dénonciation sans délai (S'agissant de la convention de crédit, par exemple, un comportement gravement répréhensible ou une

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

sont, pour l'essentiel, des contrats d'adhésion. On dénombre plus de 60 millions de comptes en France et plus de 46 millions de d'opérations bancaires journalières sont enregistrées dans le système interbancaire de télécompensation SIT, qui a succédé au système traditionnel de l'échange en chambre de compensation. Il est décisif de concilier, dans les contrats d'adhésion, à la fois l'absence de formalisme et la preuve d'un consentement éclairé du client. La Cour de cassation française a, par exemple, décidé que la preuve de l'acceptation des opérations par le client pouvait être tacite si la proposition de la banque était écrite. Il importe parallèlement pour le juge d'arbitrer entre le principe de non ingérence et le devoir de mise en garde de son client par la banque : le client peut-il rechercher la responsabilité contractuelle de la banque pour lui avoir consenti un crédit qu'il a parfois réclamé avec insistance ? Non, si le client est averti, répond la Cour de cassation .

3. C'est un droit, enfin, qui peut se révéler inégalitaire, notamment en dehors des relations d'affaires dans la mesure ou il met en présence des partenaires contractuels dont la puissance économique est très différente, particulièrement entre professionnels et non professionnels, ce qui peut conduire à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, susceptible de dégénérer en abus (qui peut sérieusement négocier un contrat-type ?). Dans ce cas, la protection du code civil en matière contractuelle contre les vices du consentement (dol, erreur, ou violence) se révélera le plus souvent insuffisante à assurer la protection du co-contractant consommateur ou profane lors de la conclusion du contrat et celle de la bonne foi ou de la loyauté dans l'exécution de ce même contrat, admise seulement dans de rares circonstances.

En France, au titre des opérations bancaires, le législateur n'est intervenu, pour l'essentiel, que pour fixer les règles en matière de taux d'intérêt (loi du 28 décembre 1966 sur l'usure), sur les crédits aux consommateurs (lois des 10 janvier 1978 et 13 juillet 1979), et sur les cessions de créances professionnelles dites « Dailly » (loi du 2 janvier 1981). Une importante loi dite « MURCEF » a été adoptée le 11 décembre 2001 pour apporter des

situation irrémédiable en cas de concours à une entreprise permet une résiliation immédiate (a. L 313-12 du Code monétaire et financier).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

restrictions à la liberté contractuelle, en vue d'assurer une meilleure protection des utilisateurs de services bancaires. La plupart de ces dispositions légales ont été insérées depuis lors soit dans le code de commerce, soit dans le code de la consommation soit dans le code monétaire et financier.

Est également intervenue la loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996 (dite loi MAF) qui s'est intéressée au métiers du titre, pour transposer la directive communautaire du 10 mai 1993 appelée communément la Directive des services d'investissement ou DSI.

La loi de 1984 sur le statut des banques et celle de 1996 sur les marchés financiers, fondatrices, ont été codifiées à droit constant dans le code monétaire et financier par une ordonnance du 14 décembre 2000, à la suite du vote de la loi du 16 décembre 1999 portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes.

Tout récemment, ont été transposées dans le droit national, deux directives qui ont une incidence directe sur le droit bancaire: la première sur le commerce électronique du 8 Juin 2000, par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 qui a modifié plusieurs articles du code civil : désormais la signature électronique, même lorsque celle-ci est exigée « *ad validatem* » est admise pour la conclusion de contrats. La seconde directive, du 23 septembre 2002, sur la commercialisation à distance des services financiers, a été transposée par l'ordonnance du 6 juin 2005, qui offre un cadre résolument novateur dans lequel peuvent désormais s'inscrire les relations des banques avec leurs clients ; elle régit notamment les obligations pré-contractuelles d'information auxquels sont tenus les professionnels qui entendent proposer ou conclure à distance des contrats de services financiers dématérialisés à des consommateurs, en organisant parallèlement un droit à rétractation.

Au-delà des questions techniques, non encore résolues en terme d'archivage électronique, que soulèvent ces dernières dispositions, se posent déjà des questions juridiques redoutables : quelle sera la loi applicable dès lors que le consommateur français

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

ne sera pas démarché mais ira spontanément contracter le site internet d'un établissement financier étranger[9]?

Enfin, on ne saurait omettre de rappeler que dans le domaine financier, même si la matière excède le droit bancaire stricto sensu, les banques, en leur qualité de prestataires de services d'investissement voient de plus en plus leurs activités réglementées par la transposition de directives européennes qui se succèdent à un rythme qui donne le vertige non seulement aux praticiens, mais également aux juristes ...[10].

Ces considérations me conduisent à penser que deux principes directeurs devraient présider à l'élaboration d'une législation européenne des contrats bancaires :

---

[9] V. « *La réforme des contrats du commerce électronique* », Etude par Philippe Stoffel-Munck, La Semaine Juridique Entreprise, n° 38, septembre 2004, 1341. Par un arrêt du 23 mai 2006, la 1ère chambre de la Cour de cassation (en cours de publication P + B + I + R n° 03-15.637,a énoncé que l'article L 322-37 du code de la consommation sur les crédits à la consommation était d'application impérative, au sens de l'article 7 de la convention de Rome, quelque soit la loi applicable au contrat alors même que le consommateur n'avait pas été démarché et s'était rendu volontairement en Allemagne pour y souscrire un prêt.

[10] L'harmonisation des réglementations financières se poursuit sous l'égide du conseil et de la commission de l'Union européenne, en suivant la méthodologie du processus Lamfalussy

- Directive **abus de marché** du 28 janvier 2003 (sur les délits d'initiés et de manipulation) transposée par la loi du 20 juillet 2005(2005-811),
- Directive **prospectus** du 4 novembre 2003, (sur les prospectus à publier en cas d'offre publique) transposée par la loi du 26 juillet 2005,
- Directive **transparence** du 15 décembre 2004 (sur les informations périodiques des émetteurs cotés),
- Directive **marchés d'instruments financiers** (MIF) du 21 avril 2004 qui doit remplacer la directive MIF du 10 mai 1993 , dite DSI) qui va bouleverser la tradition française de concentration des ordre sur le marché règlementé , de l'ouverture à la concurrence et de dérégulation des mécanismes de formation des prix et doit être transposée avant le 31 janvier 2007,
- Directive **OPA** du 21 avril 2004 transposée par une loi du 31/3/2006.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

- Le premier principe est celui de la sobriété législative : la liberté serait la règle et la loi l'exception.

A trop inscrire des dispositions dans le marbre de la loi, nous risquerions de tarir la richesse créative de la pratique (qui a, par exemple, conduit à la création et au développement exceptionnel des cartes de paiement) et d'élaborer un droit figé, qui serait vite obsolète (l'électronique est en train de tuer le droit cambiaire….) .

De ce point de vue, beaucoup d'articles du code civil italien ne paraissent pas indispensables : par exemple, si les règles présidant au dépôt dans le code des contrats ont déjà été formalisées,
il est inutile de les reprendre à nouveau dans le code des contrats bancaires.

- Le second principe consiste à faire à appel à la loi pour des dispositions impératives assorties de sanctions précises, destinées à promouvoir la bonne foi contractuelle et à protéger d'éventuels abus les co-contractants des banques, notamment les consommateurs ou les clients profanes ou non avertis.

Le principe de l'autonomie de la volonté a reculé pour favoriser des catégories de contractants tels que les salariés, les assurés, les cautions et, plus récemment, les consommateurs.

Prévaut alors le principe de l'égalité par la loi, et non plus devant la loi, sous-tendu par l'observation célèbre de Lacordaire au siècle dernier : « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». Dès lors, il appartient au juge, sur le fondement de l'obligation de loyauté et de bonne foi prévue par l'article 1134 alinéa 3 du code civil, par des techniques parfois qualifiées de « forçage du contrat » d'élargir ou de renforcer les obligations des contractants. C'est à cette logique qu'a obéi le développement, avec des fortunes diverses, de l'obligation d'information, de mise en garde, ou de conseil des banques vis-à-vis de leurs clients, voire encore de sécurité.

Mais comme il a été relevé dans le rapport annuel de la Cour de cassation française en 2003, le bilan du « solidarisme

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

contractuel » est maigre et il ne parait pas que la Cour de cassation soit prête au « grand soir » espéré par les uns ou redouté par les autres au visa de cet article 1134 alinéa 3 du code civil. Pour ne prendre qu'un exemple, celui des tarifs bancaires : les tarifs bancaires sont régis par un principe : celui de la liberté[11], en application de l'article L 611-1-4° du code monétaire et financier, qui a repris l'article 33 de la loi du 24 janvier 1984.

Ce mouvement vient de s'amplifier avec la suppression toute récente de l'usure pour les professionnels en matière de prêt (loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique), seul demeurant le délit de non information du Taux Effectif Global (TEG).

Depuis les arrêts rendus par l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995 de la Cour de cassation, une partie peut fixer unilatéralement un prix dans un contrat ; seul l'abus au stade de l'exécution du contrat, et non plus au stade de sa formation, peut être sanctionné par le juge. Le juge ne peut donc plus prononcer la nullité du contrat pour vice de formation, c'est-à-dire pour une banque, pour indétermination du prix au visa de l'article 1129 du code civil, Il peut seulement condamner une partie au paiement de dommages-intérêts en cas d'abus dans l'exécution.

Parallèlement, la Cour de cassation française (Cass. Com 3 mai 1995, Bull. civ. I, n° 128) a désormais considéré que si la nullité du contrat bancaire prononcée par le juge relevait de l'ordre public de protection, sanctionné par une nullité relative, le juge ne pouvait la relever d'office. Ainsi, le juge n'est plus autorisé à pallier la carence de la partie faible.

Enfin, dernière évolution, consacrée par un arrêt important de la 1ère chambre de la Cour de cassation, le 30 juin 2004, Bull. civ. I, n° 190 : c'est au seul regard de l'atteinte à la concurrence que l'abus en matière de tarifs de services bancaires sera constitué. Ne constitue pas pour une banque un comportement fautif la majoration brutale de 150% du tarif de la location d'un coffre-fort,

[11] Les deux seules exceptions visent encore les comptes sur livret, et celle des chèques et des services de base pour une catégorie particulière de personnes (article L. 131-71 du code monétaire et financier et L. 312-1 du Code de la consommation) ; l'exception relative à l'interdiction de la rémunération des comptes a vue a été supprimée par l'arrêté du 8 mars 2005 à la suite d'une décision de la CJCE sur le fondement de l'atteinte à la concurrence.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

augmentation qui n'était justifiée, ni au regard d'une augmentation des charges de la banque, demeurées identiques, ni au regard de la prise en compte des surfaces de coffres loués, dès lors que le client avait été tenu informé du changement de politique de la banque plus de six mois avant l'échéance et que ce faisant, il disposait du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence. Ainsi, dès lors qu'il existe une contrepartie, le juge n'a pas à examiner si celle-ci est proportionnée ou non au service rendu. L'abus n'a plus de contenu substantiel mais seulement, comme l'indiquait le professeur Jamin[12], un contenu procédural, rejoignant ainsi les dispositions de l'article L. 312-1 du Code monétaire et financiers qui impose seulement le respect d'une procédure d'information préalable en cas de modification des tarifs bancaires.

Pour nourrir la discussion, et avec la nécessaire humilité d'un observateur étranger qui, en outre, s'exprime, bien sûr, à titre personnel, voici donc quelques suggestions, en s'appuyant, ainsi que cela a été demandé aux participants, sur les articles du code civil italien consacré aux contrats bancaires, tels que soumis.

Le contrat de dépôt d'argent - article 1834

Il serait proposé de conserver, en l'amendant éventuellement, l'article 1834 du code civil italien, qui règle le problème du transfert de propriété des fonds déposés, coupant court aux discussions doctrinales séculaires en France à ce sujet, même si l'on pouvait être sceptique sur les implications pratiques de cette question.

La Cour de cassation française a été seulement appelée (Cass. Com 3 novembre 2004 Bull. civ IV n° 187) à se prononcer sur la nature de l'obligation à laquelle était soumise une banque lorsqu'elle exécute un virement. En énonçant que l'absence de faute de la banque dans cette exécution n'était pas de nature à la décharger de son obligation de restitution aux déposant, la Cour a fait primer les règles du dépôt prévues à l'article 1937 du code civil et non celles de l'article 1984 relatif au mandat. Certes, l'ordre de

[12] Ch. JAMIN « plaidoyer pour le solidarisme contractuel » Mélanges Ghestin LGDJ 2001, p. 441 et s.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

virement s'analyse en un mandat, mais ce mandat est d'une nature particulière : le banquier est également dépositaire des fonds, ce qui l'a conduit à considérer que l'obligation de la banque est bien constitutive d'une obligation de résultat.

Cette analyse est en harmonie avec l'article L. 133- 1 du Code monétaire et financier qui consacre énergiquement le droit à restitution en matière de virements effectués au sein de l'espace économique européen. Il en va de même, en matière de chèque faux dès l'origine, la banque tirée étant tenu au paiement de celui-ci, quand bien même aucune faute ne pourrait lui être imputée.

Le livret du dépôt d'épargne – article 1835

On peut observer que la possibilité de conclure des conventions de preuve entre le déposant et la banque, conjuguée à la dématérialisation des modes de gestion rend inutilement rigides les articles qui lui sont consacrés ; les restrictions sur les conditions d'utilisation de ce type de comptes relèvent, par exemple, davantage en France, de règlementations sous forme d'arrêtés.

Les livrets de dépôt de titres dont la gestion est assurée par la banque – article 1838

Depuis la loi du 2 juillet 1996 sur la modernisation des activités financières dite MAF , qui a transposé la Directive du 10 mai 1993 sur les services d'investissements, les banques sont tenues de conclure une convention écrite pour assurer la gestion du portefeuille de leurs clients , en application de l'article L 533-10 du code monétaire et financier la banque, en leur qualité de prestataire de service d'investissement, le service étant défini à l'article 4 de l'article L 321-1 du code monétaire et financier. Les clauses obligatoires de ce type de contrat relèvent de la réglementation professionnelle de l'Autorité des marchés financiers (AMF) homologuée par arrêté. Une réglementation professionnelle spécifique a été établie pour la transmission des ordres par internet.

Le contrat bancaire de location de coffre-fort – article 1839 à 1841

Voilà une des *« fameuses questions »* qu'affectionne la doctrine

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

savante : quelle est la nature du contrat par lequel le banquier loue à son client un coffre fort : même s'il présente de fortes similitudes avec le contrat de bail, il ne peut pas lui être complètement assimilé dans la mesure où le client n'a pas accès librement au local, contrairement au preneur ordinaire, et ce n'est pas non plus seulement un contrat de dépôt dans la mesure ou l'obligation de garde n'est pas l'obligation principale du banquier.

La chambre commerciale de la Cour de cassation française, pour sa part, vient d'énoncer dans un arrêt du 11 octobre 2005 (P+B, pourvoi n° 03-10.975) que l'article 1722 du code civil relatif aux conséquences de la destruction de la chose louée par cas fortuit, aux termes duquel le loueur n'engage pas sa responsabilité ne s'applique pas au contrat de location de coffre fort.

Au delà du régime juridique général qui résulte du choix ou du refus de choix de la typologie du contrat, l'intérêt de cet article 1839 du code civil italien est d'indiquer clairement la circonstance – cas fortuit – dans laquelle le loueur est seulement exonéré de sa responsabilité de sa double responsabilité: garde des locaux et intégrité du coffre.

S'agissant des autres articles relatifs à l'ouverture forcée du coffre, il existe dans le droit français des dispositions similaires, qui figurent dans le code de procédure civile[13].

Section III: de l'ouverture des crédits bancaires – articles 1842 à 1846

L'article 1842, très utile, pourrait être , sur la forme, amendé pour être plus directement relié au prêt en utilisant, par exemple, la formule employée par la chambre commerciale de la Cour de cassation française reprise ci- après dans son arrêt du 21 janvier 2004.

En droit français, il résulte de l'article 1892 du code civil que : *« le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre*

[13] Aux articles 266 et 267 du décret du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi du 9 juillet 1991.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

à l'autre une certaine quantité de chose qui se consomment par l'usage à, charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ».

Depuis lors, toutefois, la nature réelle ou consensuelle des prêts et ouvertures de crédit a progressivement fait l'objet d'intenses débats doctrinaux ; le législateur français, pour sa part, a procédé à des choix pour certains types de concours, tandis que la jurisprudence a fait connaître son analyse, lorsque le législateur est resté silencieux.

Pour aller à l'essentiel, les contrats régis par le code de la consommation ont été, soit du fait du législateur (article L. 311-15 du code de la consommation pour les crédits mobiliers aux consommateurs) soit du fait de la jurisprudence (1ère civ, 27 mai 1998 pour les crédits immobiliers) qualifiés de contrats consensuels, c'est-à-dire se formant dès la rencontre des volontés, sans attendre la remise des fonds. Par un arrêt du 28 mars 2000, Bull. civ I, n° 105, la 1ère chambre de la Cour de cassation, rompant avec la doctrine classique de l'interprétation de l'article 1892 du code civil, a énoncé que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'était pas un contrat réel. L'exécution forcée de la remise des fonds est ainsi devenue possible.

Inversement, s'agissant d'une ouverture de crédit, la Cour de cassation vient d'énoncer (21 janvier 2004, Bull. civ IV, n° 13) que : *« l'ouverture de crédit qui constitue une promesse de prêt donne naissance à un prêt à concurrence des fonds utilisés par le client ».* Par voie de conséquence, et après avis de la Chambre commerciale, la 2ème chambre civile de la Cour de cassation en a tiré une première conséquence en énonçant, par arrêt du 18 novembre 2004, 00-19.693 que *« l'ouverture de crédit, à concurrence de sa partie non utilisée, ne constituait qu'une promesse de prêt à une personne dénommée, qu'il s'ensuit que la fraction non utilisée de l'ouverture de crédit n'est pas saisissable* ».

Les articles suivants ne sont pas indispensables dans un code et peuvent être simplement stipulés dans un contrat.

L'article 1844 du code civil italien présente toutefois l'intérêt de préciser les conditions dans lesquelles se maintient une garantie réelle, ce qui, en droit français, ne vaut que si l'ouverture de crédit est réalisée en compte courant et ce, dans la mesure où la

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

garantie réelle, hypothèque ou gage, est prise pour garantir le remboursement du solde débiteur résultant de la clôture de la convention d'ouverture de crédit en compte courant.

Dans tous les autres cas, si une somme est versée au crédit de l'ouverture de crédit, elle viendra en déduction du montant garanti par la sûreté, ce qui peut causer quelques surprises désagréables pour le créancier qui n'aurait pas pris la précaution d'indiquer que la convention d'ouverture de crédit est consentie en compte courant…

Toutefois, l'article 1828 énonce de façon plus complète et plus claire cette même règle pour le compte courant.

Section IV : des avances bancaires - articles 1846 à 1851

En réalité ces articles n'apportent d'éléments nouveaux par rapport à l'article sur les ouvertures de crédit que vis-à-vis du gage en contrepartie duquel l'avance est faite ; ils trouveraient davantage leur place dans le cadre de l'énoncé des règles présidant aux sûretés réelles.

Section V : des opérations bancaires en compte courant – articles 1852 à 1857

Cette section est celle qui, à mon sens, présente le plus d'intérêt par comparaison avec la codification du droit bancaire français.

En effet, aucune disposition législative ne définit en droit français le compte courant, et l'incertitude juridique qui a prévalu jusque dans les années récentes, et qui s'est poursuivie à propos d'une distinction hypothétique entre compte courant et compte de dépôt,[14]est telle qu'il serait précieux de disposer d'une définition légale du compte courant. Le code civil italien a pris l'heureuse initiative de légiférer sur ce point.

[14] Parfois avancée pour des raisons d'opportunité Notamment lors de l'entrée en vigueur de la loi MURCEF du 11 décembre 2001, pour échapper aux obligations prévues par le législateur dans l'article L. 312-1 du code monétaire et financier selon lequel toute personne physique ou morale domiciliée en France.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Une première réflexion pourrait être de s'interroger sur l'utilité de la distinction entre compte courant et compte de dépôt[15].

Le critère de la distinction selon le titulaire du compte (commerçant/ non commerçant) est insuffisant ; la doctrine s'accorde à dire que la volonté des parties joue un rôle décisive; or, si les éléments et les mécanismes des deux types de comptes sont identiques, cela démontrera l'inutilité, au moins relative, de la distinction.

Le compte courant, pratique qui n'a été consacrée que progressivement par la jurisprudence en droit français, est une convention par laquelle les parties décident d'affecter toutes leurs créances réciproques à un mécanisme de règlement instantané par fusion dans un solde disponible soumis à un régime unitaire. L'entrée en compte courant d'une créance va ainsi produire son effet extinctif et devenir, par novation, un simple article dudit compte.

Par un arrêt du 17 décembre 1991, Bull. civ. IV n° 389, la chambre commerciale française a énoncé que *«le contrat de compte courant est caractérisé par la possibilité de remises réciproques s'incorporant dans un solde pouvant, dans la commune intention des parties, varier alternativement au profit de l'une ou de l'autre».*

Des auteurs ont fait justement remarquer que l'exigence de réciprocité porte en réalité sur les remises et non sur le solde, dont il n'est pas exigé qu'il soit, lui, alternativement débiteur ou créditeur, comme pourrait le laisser entendre la formulation retenue, à l'époque, par la Cour de cassation.

La seule distinction théorique paraît être que le compte de dépôt ne peut pas être débiteur et que les agios ne seraient pas dus de plein droit, (ce que la pratique dément dans les deux cas…).

Il serait donc judicieux, à cette occasion, d'assimiler enfin le compte de dépôt au compte courant, comme le préconise la doctrine en France.

---

[15] V. TH. BONNEAU, « Le droit bancaire », Montchrétien, 5ème édition n° 330 et suivants et G. GAVALDA et STOUFFLET « droit bancaire » 5ème édition , Litec n° 221-1.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Il sera exposé , à ce stade, les propositions relatives aux articles 1823 à 1833 figurant à la page 8 à 10 du document présenté, dans la mesure où elles concernent précisément dans le code civil italien, la définition et le mode de fonctionnement du compte courant :

La définition de l'article 1823 par le code civil italien du compte courant est intéressante ; toutefois, en précisant que les créances restent inexigibles et indisponibles, elles paraît se heurter à l'analyse française de la disparition de la créance par l'effet de son entrée en compte courant ; il serait sans doute préférable d'indiquer que c'est le solde débiteur du compte courant qui est inexigible jusqu'à la clôture, le solde créditeur , lui, pouvant être disponible pour le titulaire du compte, et même faire l'objet de saisies émanant des tiers depuis une jurisprudence de la cour de cassation française de 1955.

L'alinéa 2 au titre de l'exception de l'article 1824 parait dangereuse car créant une insécurité permanente, et, à tout le moins, devrait plutôt figurer dans une convention et non dans la loi.

S'agissant des intérêts, qui sont mentionnés à l'article 1825, la jurisprudence française les fait jouer de plein droit et autorise l'anatocisme par trimestre, (mécanisme qui consiste en ce que des intérêts échus produisent eux-mêmes des intérêts, c'est-à-dire une capitalisation) par dérogation à l'article 1154 de l'article du code civil français qui exige que la capitalisation soit due au moins pour une année entière.

L'article 1826 porte sur les commissions qui, en France, font partie intégrante des agios, constitués par les intérêts et commissions dus de plein droit en cas de compte courant.

L'article 1829 évoque le droit à la contrepassation des avances faites sous réserve du bon encaissement. Le mécanisme aurait peut être pu être énoncé avec plus d'élégance , mais sur le fond, il est légitime et important . Il correspond également, en matière de chèque et d' effet à un droit identique conféré au banquier du remettant qui n'a fait que l'escompte d'un tel titre, à son client et qui est en droit, en présence de la mention «SBF» (sauf bonne fin) ou «sous réserve de bon encaissement» ou «sous

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

réserve d'encaissement», dans l'hypothèse ou le titre ne lui serait pas réglé, de le contrepasser au débit du compte de son client et d'annuler ainsi l'écriture précédente passée au crédit de ce même compte.

Les articles 1858 à 1860 sur l'escompte présentés dans la section VI ne font que reprendre d'une façon plus complète ce même mécanisme.

L'article 1830 évoque les droits du créancier sur le solde du compte courant.

Ces différents articles correspondent pour l'essentiel aux règles présidant aux saisies des comptes bancaires qui figurent dans la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution.

L'article 1854 ne fait que décliner les règles de droit commun de la solidarité passive et active qui caractérisent les comptes dès lors qu'il sont stipulés « joints » et non pas seulement indivis. Il ne parait pas indispensable.

Les articles 1831, 1832, 1833 et 1855 traitent de la question du préavis exigé lors de la clôture de la convention et de ses conséquences.

Ce délai doit être distingué de celui qui prévaut en matière de crédit et qui est, s'agissant de concours accordés à une entreprise, défini par la loi en France à l'article L . 313-12 du Code monétaire et financier (l'ancien « article 60 de la loi bancaire » qui prévoit un délai de soixante jours avant qu'il ne puisse être mis fin aux crédits accordés, sauf en cas de situation irrémédiablement compromise ou de comportement gravement répréhensible). En matière de compte, la réglementation issue de la loi MURCEF, insérée dans le code monétaire et financier à l'article L. 312-1-1, prévoit seulement qu'il doit être mis fin à la convention de compte à l'issue d'un délai raisonnable.

Résumé des propositions sur le compte courant

Il parait précieux de définir le compte courant par son mécanisme juridique et ses effets (notamment en termes d'agios)

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

dans la loi et, par exemple, de préciser l'obligation de disposer d'une convention écrite qui contiendrait des dispositions relatives au fonctionnement, à la tarification et à la clôture dudit compte.

Il serait possible de s'inspirer de la formulation qui avait été retenue dans la loi MURCEF du 11 décembre 2001 et qui, finalement, a été insérée à l'article L. 312-1-1 du code monétaire et financier par la loi du 30 décembre 2004 au titre de la convention de dépôt pour l'appliquer à la convention de compte courant, à la quelle la convention de dépôt pourrait être assimilée:

«La gestion d'un compte courant (auquel serait assimilé le compte de dépôt) est réglé par une convention de compte courant. Les stipulations de cette convention notamment, les conditions générales et tarifaires d'ouverture, de fonctionnement et de clôture selon des modalités fixées par un arrêté du ministre de l'économie et des finances Tout projet de modification de tarifs des produits et service faisant l'objet de la convention doit être communiqué par écrit au client trois mois avant la date d'application envisagée. L'absence de contestation par le client dans un délai de deux moins après cette communication vaut acceptation du nouveau tarif.»

Traditionnellement, il est également précisé que les comptes qui font l'objet d'une réglementation particulière, notamment les comptes sur livret, les comptes d'instruments financiers et les comptes espèces qui leur sont spécifiquement affectés, ne sont pas concernés par le compte courant.

Conclusion

En matière de contrats bancaires, comme dans les autres domaines contractuels, quelle que soit la voie d'harmonisation choisie, une meilleure connaissance réciproque des droits nationaux positifs dans la discipline choisie est un préalable impératif dans l'Europe qui se construit progressivement. Il est essentiel, que le droit européen en voie d'émergence, plonge ses racines dans ceux des Etats membres, pour éviter le risque d'une création technocratique artificielle. C'est pourquoi des telles rencontres, comme celles d'aujourd'hui, sont aussi précieuses.

Les marchands européens du Moyen age et de la Renaissance se sont révélés inventifs et visionnaires, dans la

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

création de ces instruments bancaires, : nous devons suivre leurs traces …en restant à l'écoute conjuguée des besoins des opérateurs bancaires et des utilisateurs de ces services mais aussi en assurant, sans angélisme, la nécessaire protection de l'intérêt général. Ce concept parait en effet parfois oublié à une époque où, pourtant, mondialisation, optimisation à tout prix des bénéfices, et délinquance financière créent pour nos sociétés un devoir particulier de vigilance.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. GASTONE COTTINO
Professore emerito dell'Università di Torino

CODICE EUROPEO DEI CONTRATTI E OPERAZIONI BANCARIE

1. Inizio con una premessa. Ritengo che valga la pena dedicare una sezione del "Codice europeo dei contratti" alle operazioni bancarie. Con alcune avvertenze e specificazioni, che così sintetizzerei:

a) I contratti bancari sono parte della vasta, sempre più vasta, galassia di rapporti giuridici negoziali e prestazioni riconducibili all'attività imprenditoriale (i contratti di impresa, quasi un nuovo codice di commercio, su cui ha scritto pagine affascinanti Enzo Buonocore): che tuttavia hanno, e mi pare conservino, in tale ambito, una loro fisionomia ed autonoma riconoscibilità, caratterizzate, nella loro intelaiatura elementare e nel quotidiano svolgersi dell'attività civile e commerciale, dalla funzione intermediaria e di servizio che gli istituti creditizi offrono alla clientela.

b) In proposito, il nostro codice civile presenta in materia un nucleo normativo chiaro, ben congegnato nella formulazione, quindi di possibile positivo riferimento per una regolamentazione capace di offrire certezze agli operatori. Una base da cui muovere, naturalmente: dal 1942, sappiamo, tantissima acqua è passata sotto i ponti, sicché una clonazione *telle quelle* delle nostre disposizioni potrebbe apparire quanto meno antistorica. Occorre infatti confrontarsi con la consapevolezza

b1) che si tratta del nucleo *tradizionale* di contratti, quale si praticava sessant'anni fa, e che, pur tuttora praticandosi, almeno nei suoi schemi significativi, ha subito un profondo processo di arricchimento e di aggiustamento, ed è anzi tra i più esposti, in una materia all'avanguardia nella creatività, all'innovazione;

b2) che anche nel più ristretto ambito delle relazioni banche

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

cliente, tale innovazione è stata, per impulso proprio o razionalizzazione bancaria e comunitaria, spesso dirompente.

Come anche emerge dalle approfondite riflessioni del coordinatore (mi riferisco alle relazioni introduttiva e interlocutoria), si è allargata, ed è in costante espansione, la gamma delle operazioni bancarie. Basti pensare alla diffusione del bancomat e alla relativa obsolescenza dell'assegno, alla cassa continua, alla generalizzazione delle procedure informatiche, alla dematerializzazione dei titoli cartacei ed al prepotente irrompere di meccanismi di deposito e gestione in cui alla originaria fisicità dei certificati si è sostituita la loro rappresentazione per partite e documentazione contabili, con tutti i problemi di riclassificazione e identificazione che l'incorporeità della *res* ha creato agli interpreti, a cominciare dalla nozione stessa di titolo di credito; all'impiego strumentalmente spregiudicato – e discusso – di istituti "classici", quali la fideiussione e il pegno *omnibus*, tendenzialmente sostitutivo quest'ultimo, a quel che mi risulterebbe, dell'anticipazione bancaria. Motivo per cui, per quanto spazio si lasci alla fantasia, si è sempre in difetto nelle esemplificazioni .

Piaccia o non piaccia, l'esercizio bancario abbraccia un campionario così ricco di attività intermediarie, dai servizi di investimento alla gestione di fondi mobiliari chiusi, alle gestioni collettive o individuali delegate, che esso fa delle banche, insieme alle altre imprese di investimento (Sim, Sicav, ecc.), imprese a loro volta per lo più riconducibili ai grandi gruppi bancari, le protagoniste, nel bene e nel male (tra scandali e, da noi, flop clamorosi: v. i bonds argentini e altri), dell'economia finanziarizzata.

c) E' perciò quasi fatale che questi complessi processi si siano accompagnati a un ispessimento geometricamente crescente della legislazione speciale, in genere di matrice o ispirazione comunitaria. Tra direttive, leggi comunitarie, leggi e provvedimenti speciali tout court (es. sui tassi usurari, sull'anatocismo) da un lato e regolamentazione codicistica dall'altro la sproporzione è evidente. Per non dire delle norme bancarie uniformi – oggi in particolare delle condizioni generali pattuite tra ABI e consumatori – funzionanti come fonte integrativa o modificativa, *in melius* (per le banche), delle disposizioni legislative.

E', riconosco, un panorama "italiano"; ma credo costituisca un *test* indicativo anche in una proiezione extranazionale.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

2. Rimango ciononostante dell'idea che una disciplina codicistica europea sia utile e da valutare positivamente. Mi pare rassicurante per gli utenti il fatto di conservare, sui temi cruciali del loro rapporto con le banche, quelli che, come dicevo, contrappuntano il loro quotidiano, una sorta di sicuro e semplificato cammino nella giungla aggrovigliata di norme, circolari, direttive e regolamenti: che sia quindi poco produttivo, e financo un po' autolesionistico, quasi a voler complicare le cose, smantellare il risultato di una storia e di un'elaborazione non prive di pregio. Ammetto che contro i diluvi della legislazione speciale la battaglia sarebbe *a priori* persa; laddove invece, nei confronti delle Direttive, che, nemmeno esse, ci agevolano sempre la vita, un codice europeo dei contratti potrebbe servire a contenerne – stante la da te giustamente sottolineata "parità di rango" – una poco controllata proliferazione normativa.

3. La normazione speciale potrebbe del resto offrire spunti sotto altri profili.

Convengo con il coordinatore sull'eventuale enucleazione di norme generali di carattere introduttivo. Ora proprio le leggi speciali, affiancate da Deliberazioni CICR e Regolamenti Consob, hanno ripetutamente, e anche incisivamente, interloquito sull'argomento. Cito il T.U. sull'intermediazione finanziaria (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 21 e ss.), il codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 33 e ss. sulla repressione delle clausole abusive), la disciplina della trasparenza bancaria (Deliberazione CICR 4 marzo 2003), il Regolamento Consob 115 22 del 1998) (art. 26 e ss.). Sicché nulla osterebbe a ricavare anche da esse un sintetico "ristretto" di regole base e, concordo, *inderogabili*.

Impresa non facile, credo; ma nemmeno impossibile, purché ci si concentri più sui principi generali di diligenza, buona fede, correttezza e *disclosure* che su una troppa analitica elencazione di obblighi informativi. Anche di eccessiva trasparenza, le polizze assicurative insegnano, si può … morire.

In ogni caso sono molto d'accordo sull'esigenza di contenere, e non di incrementare, la libertà di iniziativa delle banche. Sono questi temi su cui si giuoca la tutela di diritti elementari dei cittadini e si toccano contemporaneamente interessi generali che giustamente trovano spazio e voce nella nostra carta costituzionale. Se lasciate a briglia sciolta le banche non hanno freni: come dimostrano da noi i marchingegni adottati per eludere gli

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

orientamenti giurisprudenziali in tema di cassette di sicurezza o peggio di *lobbying* posto in essere per neutralizzare certe pronunce giurisprudenziali sull'anatocismo o rimodellare a proprio uso e consumo la revocatoria fallimentare. Qui non si tratta di ledere regole comunitarie di libera concorrenza ma di arginare abusi e prevaricazioni.

Quindi sobrietà, concisione, duttilità, e non, come dice il coordinatore, silenzio legislativo.

4. Vengo ad alcuni punti specifici.

4.1 Cassette di sicurezza.

Francamente credo che sia molto difficile eliminare la doppia anima del contratto, scegliendo tra una delle discipline dei due suoi tipi di riferimento, il deposito e la locazione, come ad es. ha fatto il nostro codice applicando alla garanzia nei conferimenti in godimento in società semplice le norme della seconda e non quelle dell'usufrutto (art. 2254, II c. c.c.)

Ci troviamo di fronte a un contratto ormai tipizzato; sicché interrogarsi su quale delle due componenti prevalga o, peggio, far piazza pulita di una di esse, sarebbe a mio avviso pura esercitazione dottrinale (alla ricerca, ho avuto occasione di scrivere, di astratte armonie teoriche) oltre che fatica sterile.

Il problema è, come il coordinatore rileva, di responsabilità e, aggiungo, non tanto di stabilirne i parametri (caso fortuito, o forza maggiore, rapportati alla diligenza professionalmente qualificata della anca – art. 1176, c.p.c. – possono, penso, tuttora funzionare), quanto della sua portata e della possibilità o meno di ammettere che in qualche modo (o chiedendo una denuncia di ipotetico valore al cliente o ammettendo pattuizioni "a scaglioni" in cui si commisuri il canone al valore garantito), tale responsabilità sia mitigata o più seccamente, e "brutalmente, eliminata".

A me pare che la responsabilità illimitata della banca in caso di sottrazione o perdita del contenuto della cassetta debba considerarsi un rischio connesso alle caratteristiche del servizio e alla sua prerogativa di esercitarlo e governarlo secondo modalità da essa stabilite. E un rischio, direi, di sistema, come quello per il pagamento di un assegno non trasferibile alterato. Ed è un rischio netto dalla legge dei grandi numeri, un po' come accade per l'assicurazione contro gli infortuni, RC o sulla vita, con il vantaggio però per la banca di poterne essa prevenire ed evitare, in ogni caso

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

contenere, salvo eventi estremi, il verificarsi (e comunque circoscritto se ammettiamo l'esimente del caso fortuito e non sconfiniamo in una pura e secca forma di responsabilità obiettiva).

Stento d'altro canto a vedere come si potrebbe calibrare un diverso regime di responsabilità, per scaglioni appunto, di fronte a un dato a sua volta normalmente variabile a seconda di quanto nella cassetta si immetta o da essa si tolga.

Il punto forse più delicato è quello della prova, che cade sull'eventuale danneggiato e che da un lato può porre a carico di chi deve darlo oneri di non facile assolvimento, dall'altra offrire il destro a speculazioni.

Temo che esso però sia *a priori* irresolubile. Certo un depositante particolarmente accorto stenderebbe un inventario delle cose collocate in cassetta; ma poi sarebbe costretto a lasciarvelo *telles quelles*, o a continuamente modificarlo. E comunque il rimedio, che piacerebbe alle banche, di fissare cifre forfetarie da ancorare a canoni diversificati sarebbe a mio avviso peggiore, *e più arbitrario*, dell'inconveniente lamentato.

Naturalmente, tutto ciò vale – forse mi sono troppo dilungato – se si riterrà di lasciare alle banche il compito esclusivo di gestire il servizio. Io penso che, tutto sommato, anche per maggiore certezza, tranquillità e utilità dei depositanti, sarebbe meglio così. Ma se pure si volesse essere "liberali" basterebbe precisare che la disciplina codicistica, tipicamente collegata comunque all'esercizio creditizio, varrebbe in ogni ipotesi di messa a disposizione di una cassetta.

4.2 Sul deposito bancario convengo anch'io che si debba conservarne, per la sua specificità (e anche per non rompere l'unità della disciplina), la collocazione nell'ambito dei contratti bancari. Ciò con gli aggiornamenti necessari per adeguarla alle nuove tecniche operative e rappresentative delle operazioni compiute: rapportati quindi all'uso del mezzo elettronico e alla dematerializzazione dei titoli.

Questo però, direi, tenendo conto del fatto che lo strumento cartaceo – il classico libretto – non pare ancora estinto, né, come si ricorda, per funzioni di garanzia né nella stessa coscienza comune; e inoltre che l'adeguamento si riferirebbe più alle modalità con cui tali operazioni si svolgono che ai contenuti sostanziali della normativa che le governa (e che potrebbe anche qui avere come base il nostro

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

codice: tolto solo l'articolo 1837, abrogato, per ovvie ragioni, nel 1975).

E' credo, particolarmente importante (di là dai problemi specifici su cui non mi soffermo) conservare il regime di responsabilità delle banche nel deposito di titoli. La dematerializzazione non ha necessariamente a che vedere con esso.

Come recenti studi hanno messo in evidenza (da ultimo, nei Quaderni di Giurisprudenza commerciale, quello di una mia brava allieva, Mia Callegari), la dematerializzazione comporta, con riguardo agli istituti civilistici, a cominciare dal pegno per venire alle regole che presiedono al trasferimento dei titoli di credito, un processo di adattamento, *non l'elisione di tali istituti e quindi del relativo regime di obblighi e responsabilità.*

4.3 Apertura di credito. Sono molto d'accordo con l'idea di allargare la formula, in sé peraltro felice, con cui si definisce il contratto, a un più ampio ventaglio di operazioni finanziarie, non costringendola quindi al solo suo utilizzo per attingere denaro. Credo che il timore, non peregrino, che con la dizione proposta si sconfini in altre figure contrattuali potrebbe essere esorcizzato con una precisazione: ad es.: "L'apertura di credito è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato una somma di denaro da utilizzare o direttamente o per operazioni finanziarie rientranti nell'esercizio dell'attività bancaria".

In tal modo si supererebbero anche le remore della nostra dottrina ad allargare, grazie al richiamo alle "forme d'uso" di cui al primo comma dell'articolo 1843, l'apertura di credito al pagamento di assegni o all'assunzione di obbligazioni cambiarie verso terzi (i cosiddetti crediti di firma).

In ogni caso la nostra norma mi appare nettamente più incisiva, e soprattutto comprensiva, di quella tedesca. Anche con l'apertura di credito, come del mutuo consensuale, mi impegno a mettere a disposizione una somma. Nell'apertura essa però presenta chiaramente ed esplicitamente il vantaggio di venir canalizzato attraverso una sorta di rubinetto, che entro il *plafond* previsto può aprirsi e chiudersi più volte e veder ripristinata, con uno o più versamenti, la disponibilità originaria di denaro.

Sugli altri punti posti in evidenza nelle due relazioni del coordinatore.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

a) Ho già accennato a quanto stabilito sulle forme di utilizzo dall'art. 1843, I c. D'accordo che si conservi (almeno) la formula, ad evitare abusi; e ben venga, se possibile, una disciplina della commissione, e quindi degli interessi da corrispondersi dal cliente.
b) Sulla garanzia ex art. 1844 vale quanto accennato per la configurabilità di un pegno su titoli dematerializzati. Probabilmente non è il caso di parlarne, dato che non è qui tema specifico bancario. In ogni caso convengo sulla reciprocità in tema di garanzia (a favore cioè del cliente se vi sia aumento del suo valore) e sull'opportunità di meglio chiarire – il richiamo all'art. 1850 mi pare pertinente – che cosa si intenda per sua insufficienza.
c) Il recesso è sacrosantamente considerato un tema delicato, su cui si debbono erigere più efficaci difese a favore dell'utente. E si noti che è stato ritenuto incongruo il termine di preavviso di quindici giorni previsto dal terzo comma dell'art. 1845 cod. civ., laddove le nostre norme bancarie uniformi lo fissavano in un giorno, "ferma restando la sospensione immediata del credito": con una applicazione così belluinamente "sanguinaria" del rinvio al contratto o agli usi, da suscitare forti dubbi di legittimità in accreditata dottrina (Cavalli), e da essere poi (parzialmente) addolcita dalle Consiglio generali.

   Quindi una posizione netta (es. tipo Commission bancarie) sarebbe quanto mai opportuna. Così come si suggerisce per la giusta causa: che è effettivamente espressione troppo *bonne à tout faire*. La soluzione potrebbe essere quella francese, anche se la parola *répréhensible* può a sua volta offrire margini di elasticità nella lettura oltre che evocare un concetto vagamente metagiuridico.

   Parlare di comportamento gravemente inadempiente o abusivo? Non è facile trovare le parole adatte, anche perché qui si mischiano, o rischiano di mischiarsi, inadempimenti di disposizioni normative (es. in tema di garanzie) e di eventuali specifiche condizioni contrattuali con anomalie comportamentali nell'utilizzo del credito.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

4.4 Dell'anticipazione bancaria avrei poco da dire. Noi nei nostri commentari ce ne occupiamo come istituto vivente e vitale. Sono d'accordo che una verifica sul campo sarebbe opportuna: come lo sarà il tener conto dei processi di dematerializzazione, che peraltro, come accennavo, non dovrebbero mettere in discussione la pignorabilità dei titoli dati in garanzia.

Aggiungerei che, salvo totale accertata desuetudine, l'istituto conserva una sua peculiarità fisionomica per l'intreccio dinamico tra pegno e concessione di credito che lo caratterizza, sicché mi pare condivisibile l'idea di conservarne una autonoma disciplina.

4.5 Sono molto d'accordo sulla enucleazione di una disciplina dello *sconto* sulla base del modello italiano: che ha un suo preciso antecedente nella storia della cambiale e in quell' "invenzione" secentesca della girata attraverso la quale si diede impulso determinante alla mobilizzazione dei crediti creando nel contempo le premesse della loro riscossione anticipata.

Continuo inoltre a pensare che non sia colmabile, se non per estensione di disciplina, lo iato con ipotesi di sconto di titoli non di credito, come sarebbero i finanziamenti a fronte di trasferimento di ricevute bancarie o di fatture, che tali non essendo sono inidonei a trasferire il credito, innescandone i relativi meccanismi anche sul piano delle azioni proponibili.

E così pure distinto rimane, pur nella vicinanza di funzioni ed operatività, il *factoring*, contratto che, primo, non vede la banca quale unico *partner* anche se le banche, ma non solo esse, sono o possono essere *magna pars* nella costituzione delle società che lo promuovono; secondo, comporta una cessione, di regola *pro solvendo*, di credito disciplinata da una legge speciale (da noi la n. 52 del 1991).

4.6 Vedo dalle relazioni del coordinatore che del *conto corrente bancario* si è potuto parlare solo in chiusura di convegno. Forse è un tema sul quale tornare a riflettere: e non solo per meglio articolare come già sembra proporsi, i meccanismi di compensazione, recependo in norme elementi della prassi (interessante tra l'altro il caso in cui in un unico conto si raggruppino posizioni diverse); ma anche perché il nostro codice ha sì dato una (parzialmente) autonoma regolamentazione, rispetto al conto corrente ordinario, delle operazioni di conto corrente, ma non ha espressamente disciplinato la sua figura più importante e significativa, il conto

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

corrente bancario, o conto corrente per corrispondenza, con tutte le sue articolazioni e propaggini (dalla convenzione di assegno al fido agli incarichi collaterali). Si è insomma privilegiato il momento contabile, e gli effetti del regolamento in conto corrente di operazioni bancarie tipiche, rispetto a quello sostanziale.

E allora. Fare un passo avanti o continuare a fingere che un rapporto, pur centrale nell'esercizio dell'attività bancaria, sia inesistente o quasi?

Questo non toglie l'utilità di effettuare altri interventi chiarificatori. Giustamente si è citato il tema dell'approvazione del conto e del relativo onere della prova. Come dimostra la nostra giurisprudenza si tratta di argomento controverso su cui gioverebbe la chiarificazione.

***

In conclusione, qualche rilievo su altri punti delle relazioni del coordinatore.

Io avrei dubbi ad inserire in una sezione dedicata ai contratti bancari norme relativi alla banca, pur nelle sue variabili e continuamente evolventisi estrinsecazioni: *on line*, senza sportello, che colloca prodotti finanziari, gestisce patrimoni, ecc.

Sono profili che per lo più hanno la loro sede in testi unici e leggi speciali e che al postutto potrebbero, credo, trovare collocazione in una eventuale disciplina organica europea dell'attività bancaria. Piuttosto mi chiedo che ne facciamo di nuove figure quali il *bancomat* o i pagamenti per automatico o dei tanto discussi fideiussione e pegno *omnibus*.

Se ne parla o ci si limita ad occuparsi del tronco dei contratti tradizionali, senza inseguire più ampie, e sempre modificatesi, articolazioni e metamorfosi?

Siamo, una volta di più, dinanzi ai volti sfuggenti degli istituti commercialistici, come dicevo difficilmente imprigionabili, soprattutto quelli di frontiera, entro schemi prestabiliti e di fronte ai quali è pressoché impossibile introdurre regolamentazioni *für ewig* come in fondo era alla base della utopia codicistica.

Forse – ritorno a rilievi iniziali – la soluzione più fruttuosamente praticabile è, allo stato, quella di dare una disciplina essenziale ed aggiornata, con integrazione delle sole prassi consolidate, degli schemi tipizzati lasciando aperta la porta a meccanismi di aggiornamento e revisione.

E' possibile? Non lo so. D'altro canto, l'alternativa sarebbe rinunciare a qualsiasi disciplina. E il vuoto è, mi pare (ma vedo che il

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

coordinatore è d'accordo) sempre peggio di un "pieno" con problemi.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. CARLOS DE CORES HELGUERA
Professor Titular de la "Universidad Católica" del Uruguay

PROPUESTAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS Y BANCARIAS EN EL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto presentar algunas proposiciones que pudieran ser útiles para la redacción del capítulo sobre contratos financieros y bancarios en el proyecto de Código Europeo de Contratos que – bajo la coordinación del Profesor Giuseppe Gandolfi - promueve la Academia de Iusprivatistas Europeos. Quien escribe exhibe pocas credenciales para opinar en un tema tan complejo y trascendente; en primer lugar, por sus carencias propias; en segundo, por no residir en Europa. Sin embargo, la dedicación a los temas del derecho civil en general y del derecho contractual en particular, cierta experiencia práctica y teórica en asuntos bancarios provenientes de la práctica profesional y del ejercicio de la cátedra en derecho bancario, y el aprecio por la cultura y por el derecho europeos - en una palabra, para copiar al Dante, *il lungo studio ed il grande amore* - legitiman, en medida que puede considerarse mínima pero suficiente, la presente incursión.

No resulta inconveniente tampoco a efectos de la tarea de la redacción de un proyecto de Código Europeo, el recurso a una opinión extracomunitaria. Por el contrario, una visión externa, en este caso, proveniente de América (como gusta decir Giuseppe Gandolfi, del *"oltre Océano"*) siempre que asuma el papel adjetivo que le corresponde, puede resultar un aporte positivo. Europa siempre ha sido consciente de que América constituye para ella un testimonio viviente y un punto de referencia obligado. Cito a Julián Marías en su obra "El oficio del pensamiento": "Europa queda forzosamente referida, quiera o no, a la otra orilla, la atlántica occidental, es decir, a América. ... Europa no se agota en sí misma, sino que incluye su consecuencia americana". Por otra parte,

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Europa ha regalado su cultura a América; esta contribución constituye un gesto de mínima gratitud.

El trabajo comprende una primera parte de consideraciones generales sobre el ámbito de aplicación de las normas sobre actividad financiera y bancaria, y un segundo capítulo sobre proposiciones normativas concretas.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La actividad bancaria es objeto de regulación en los distintos países de la Comunidad Europea, tanto desde el punto de vista civil y comercial, como desde el punto de vista de la supervisión o regulación prudencial, administrativa y aún penal, lo que la coloca, al decir de Marielle Cohen-Branche en su exquisita ponencia para la reunión de la Academia realizada en el año 2006, en un cruce de distintas disciplinas. El carácter sumamente especializado y técnico de esas regulaciones generó en varios académicos la duda en cuanto a la pertinencia de incorporar en el proyecto de Código, un capítulo relativo a los contratos bancarios. Sin embargo, prevaleció el concepto de que un código de contratos no puede excluir de su materia a los contratos financieros y bancarios, que representan un sector muy importante de las transacciones económicas de las personas en el mercado común, el cual, sin perjuicio de cualquier particularidad técnica, no puede quedar sustraído a las reglas generales del derecho contractual, como no puede quedarlo en un Estado de Derecho ninguna actividad, por más importante y sofisticada que sea.

El objetivo del Código Europeo de Contratos es establecer reglas uniformes para las actividades económicas en el ámbito del mercado interior. Oportunamente, y por fundados motivos que sería tedioso recordar aquí, se eligió como pauta metodológica para la construcción del plan del código el seguimiento de la sistemática empleada por el Código Civil italiano de 1942. Así, redactada ya la parte general, como también la parte especial relativa a los contratos de compraventa y sus colaterales, a los contratos de uso y goce de bienes, préstamo de uso y de consumo, prestación de servicios etc., la Academia se viene planteando desde hace dos años la redacción de normas relativas a la actividad bancaria, prevista en el Código Civil italiano en los art. 1834 y ss.

Ciertamente, respecto de la tarea ya cumplida, la Academia no ha seguido al pie de la letra el Código Civil italiano, empleándolo solamente como *"tableau de marche"*. Sin embargo, en el caso

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

particular de los contratos bancarios, la sistemática del Código Civil italiano, aún cuando resulta aprovechable, presenta en la actual coyuntura severas limitaciones para servir de pauta segura a efectos de diseñar una disciplina de la actividad bancaria en el Mercado Común Europeo. Creo advertir que de los diversos trabajos y discusiones llevados a cabo en el seno de la Academia, ha surgido un consenso en el sentido de que en el caso de los contratos bancarios, el Código italiano del 42 - si bien fue pionero en su época al incorporar una regulación de una materia que los demás códigos civiles de la época ni siquiera previeron - no resulta hoy idóneo para constituir un catálogo completo o al menos comprensivo de los grandes problemas actuales de la actividad bancaria. Por el contrario, el índice de cuestiones tratadas en el código italiano del 42 requiere complementación y puesta al día.

Primero, porque como señalara claramente el Profesor Giuseppe Terranova en su ilustrada ponencia presentada en la reunión de noviembre de 2007, el modelo de banca implícito en la regulación que analizamos ha cambiado radicalmente, moviéndose desde un modelo de banca de depósito y descuento, a un modelo de banca universal, mucho más complejo.

Segundo, porque la actividad bancaria se ha extendido y sofisticado sin cesar en todo el mundo, (el derecho bancario es – al decir de Marielle Cohen Branche - un derecho evolutivo e imaginativo) comprendiendo no sólo el depósito y el mutuo, la cuenta corriente bancaria, y el alquiler de cofres de seguridad, sino múltiples contratos de tipicidad impuesta por los usos. Si tomamos por ejemplo el listado de actividades que un establecimiento bancario habilitado para operar en un Estado de la Unión Europea puede realizar en los demás Estados, nos encontramos con una multiplicidad de posibles contratos a regular.

El listado es el siguiente:

1) captación de depósitos o de otros fondos con obligación de restitución;
2) operaciones de préstamo (comprendiendo en particular el crédito al consumo, con garantía hipotecaria, el *factoring*, las cesiones de crédito *pro soluto* y *pro solvendo*, el crédito comercial incluso el *"forfaiting"*;
3) leasing financiero;
4) servicios de pago;
5) emisión y gestión de medios de pago (tarjetas de crédito, *"travellers cheques*", cartas de crédito);

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

6) garantías de firma;
7) operaciones por cuenta propia y por cuenta de la clientela en:
- instrumentos de mercado monetario (cheques, letras de cambio, certificados de depósito, etc.);
- cambios;
- instrumentos financieros a término y opciones;
- contratos sobre tasas de cambio y de interés;
- valores mobiliarios;

8) participación en la emisión de títulos y prestación de servicios conexos;
9) asesoramiento a las empresas en materia de estructura financiera, de estrategia industrial y de cuestiones conexas, así como asesoramiento y servicios en el campo de las concentraciones y del relevamiento de empresas;
10) servicios de intermediación financiera del tipo *"money broking";*
11) gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios;
12) custodia y administración de valores mobiliarios;
13) servicios de información comercial;
14) arrendamiento de cofres de seguridad.

Tercero, por la incidencia del fenómeno conocido como "desintermediación financiera", según el cual los bancos no acaparan ya el ejercicio de la recepción del ahorro público y del crédito mediante el depósito irregular y el mutuo bancario de dinero.

La comprensión de este fenómeno requiere una mínima explicación. Los bancos son considerados "intermediarios" financieros porque intermedian entre la oferta y la demanda de recursos financieros. Por un lado, los bancos reciben la oferta de dinero, esto es, el ahorro del público, mediante depósitos irregulares de dinero, adquiriendo la propiedad de los recursos y asumiendo la obligación personal de devolución. Por otro lado, los bancos satisfacen la demanda de dinero, prestando y trasmitiendo a su vez la propiedad de los recursos a los mutuarios, adquiriendo contra ellos derechos de crédito. El proceso de "desintermediación" financiera consiste en que los procesos de colocación y acceso a los recursos financieros operan cada vez más sin acudir a esta transferencia sucesiva de propiedad de los recursos por medio de los bancos. Se han desarrollado mecanismos por los cuales las empresas que requieren financiamiento, en lugar de acudir al crédito bancario, pueden acceder más directamente al ahorro público, en primer lugar mediante la solicitación de inversión en su capital de

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

riesgo, y en segundo lugar, mediante la emisión – también con destino al público - de títulos de crédito, de lo que resulta que la oferta y la demanda de recursos financieros en lugar de reducirse a la intermediación de los bancos se procesa cada vez en mayor medida, en el ámbito de los mercados de valores. Se comprende que a su vez los sujetos con exceso de recursos no tienen por qué acudir a los bancos para colocarlos por medio del depósito irregular, sino que acceden directamente a los mercados de capitales para invertir sus excedentes líquidos en valores, sin la intermediación de los bancos, ya que ello implica menores costos para las transacciones. En la época del Código Civil italiano, los sujetos con superávit financiero acudían principalmente al depósito bancario para lograr un rendimiento para los mismos. Hoy día, quienes tienen recursos en exceso y desean colocarlos acuden no solamente a los bancos, sino que invierten en una vasta gama de instrumentos financieros emitidos por los sujetos con necesidades financieras, ofrecidos por diversos agentes, entre ellos, los propios bancos, pero que actúan no en virtud de un contrato de depósito bancario, adquiriendo la propiedad y obligándose personalmente a la devolución de los recursos, sino por medio de contratos de servicios de acuerdo con los cuales el banco no asume una posición frente al cliente que lo obligue a devolver los recursos recibidos (como ocurría tradicionalmente en el depósito bancario), sino a prestaciones diversas.

He aquí una mutación fundamental de la práctica bancaria operada en la segunda mitad del siglo XX que, a mi entender, debe ser recogida en una visión actualizada del fenómeno, incorporando una regulación de los problemas específicos que estos contratos de mediación financiera plantean para las partes intervinientes. Surge por tanto la necesidad de encarar – para redactar esta capítulo del proyecto de código - la delimitación de un ámbito transaccional más amplio que el constituido por los contratos bancarios de depósito irregular y de descuento o préstamo, lo que lleva de la mano a proponer la utilización de un concepto más genérico, a saber, el de contrato u operación financiera.

Puede definirse a las operaciones financieras en sentido amplio como aquellas que tienen por objeto dinero o instrumentos financieros. Los instrumentos financieros, a su vez, se caracterizan por carecer de valor de uso intrínseco, cumpliendo una función representativa de un derecho líquido o fácilmente liquidable. Para profundizar en este punto, que resulta esencial en orden a fundar

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

ulteriores desarrollos, conviene tener presente una brevísima consideración histórica, que demuestra la íntima conexión existente entre banca, finanzas, crédito y moneda. Los estudiosos de la historia de la economía son contestes en aceptar que la moneda implica por un lado un objeto apto para servir de depósito de valor de cambio, y por otro, de unidad de cuenta, y se inicia como aquella que tiene un valor intrínseco. En ese período inicial, la principal moneda existente es la metálica, y la acuñación – en tanto intervención del poder político - cumple solamente la función de acreditar el peso de la pieza y el tenor del metal precioso que constituye su sustancia. La banca se inicia antes de la era cristiana como depósito de joyas y metales preciosos, amonedados o no. Sin embargo, la banca cumplirá un papel decisivo en la transformación de la moneda metálica en moneda fiduciaria, que es la relevante en la actualidad, cuando los recibos emitidos por las instituciones depositarias, simples trozos de papel sin valor intrínseco, comienzan a circular con poder cancelatorio. Encontramos aquí el nacimiento del dinero fiduciario y el inicio del fenómeno financiero, que se define por implicar instrumentos sin valor intrínseco, que representan un valor que se encuentra fuera del instrumento y que reviste el carácter de liquidez, esto es, fácil determinación de la cuantía y la aptitud para la cancelación de las obligaciones, marcando la consolidación de la transformación de una economía basada en el trueque, a una economía monetaria. Se trata de un tipo de objeto especial, que reclama una tutela especial cuando la transacción lo toma como contenido de las prestaciones comprometidas.

La banca cumple un segundo papel en el desarrollo de la economía monetaria con el pasaje de la moneda fiduciaria a la moneda escritural, esto es, la que surge de anotaciones en los registros bancarios, lo que a su vez consolida la adopción de mecanismos contables que facilitan la cuantificación de las obligaciones, apuntando a su liquidez. La posibilidad admitida a los bancos de acudir masivamente a la solicitación de los recursos financieros del público, de prestar dichos recursos a terceros, y de utilizar la cuenta corriente bancaria, abre la puerta al denominado fenómeno del multiplicador monetario, que en buen romance significa la posibilidad reconocida a los bancos de crear moneda por la vía de prestar recursos y permitir su uso a los clientes en cuenta corriente mediante la emisión de cheques u otros instrumentos de pago.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

El préstamo de recursos financieros alude inmediatamente a la idea de crédito, entendiendo por tal la transferencia de la propiedad de bienes fungibles (en nuestro caso, dinero o instrumentos financieros) con cargo a su devolución diferida en el tiempo, diferimiento que es de la esencia del negocio porque permite al prestatario disponer de los recursos, habilitando al contrato para desplegar su función económica.

Los bancos nacen por tanto como instituciones ligadas indisolublemente al depósito de recursos financieros, al ejercicio del crédito, y a la creación de moneda, es decir, de medios de pago.

Pero además, el fenómeno de la actividad bancaria es susceptible de dos enfoques, uno formal y uno sustancial, o si se quiere, también, de una perspectiva subjetiva, u objetiva.

Desde el punto de vista formal o subjetivo, el ámbito conceptual del análisis es el de la actividad de la empresa bancaria, que se ejerce en forma habitual y profesional. Debe entonces comprenderse en el examen la actividad de los bancos, y todo contrato que realice la empresa bancaria, como parte del ejercicio de la empresa, es, por esa razón, formalmente, contrato bancario. Es fácil comprender que, desde esta perspectiva, debe ser definido como contrato bancario todo aquel en que es parte un banco o empresa bancaria. Un mismo contrato, con determinado contenido u objeto, será considerado bancario si es realizado por un banco como parte de su actividad habitual o profesional, y no lo será si es realizado por ejemplo por un sujeto particular.

Por el contrario, existe una perspectiva material u objetiva, que atiende al objeto o contenido de los negocios, independientemente de quién realiza la operación. Como surge de lo expuesto, el contenido u objeto de estos contratos consiste esencialmente en el depósito irregular y el préstamo de moneda fiduciaria en sus diversas modalidades (intermediación en el crédito) en la gestión de la moneda escritural por medio de la cuenta corriente bancaria, y la emisión y gestión de instrumentos financieros, o sea, documentos representativos de moneda fiduciaria o de obligaciones o derechos que tienen por objeto moneda fiduciaria, o son fácilmente convertibles en ella, esto es, fácilmente liquidables. En este sentido, parece preferible hablar de negocios o contratos u operaciones financieras, es decir, que tienen por objeto recursos financieros o prestaciones directamente vinculadas a los mismos.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

El Texto Único Bancario italiano, en su artículo 10, establece la noción de actividad bancaria y de captación del ahorro, definiendo la actividad bancaria como la captación del ahorro público y el ejercicio del crédito, y que la misma tiene el carácter de empresa. Establece asimismo que el ejercicio de la actividad bancaria se encuentra reservado a los bancos. Reconoce asimismo que los bancos ejercitan, además de la actividad bancaria, toda otra actividad financiera, según la disciplina correspondiente, así como actividades conexas e instrumentales. Al hablar de contrato de empresa, la ley italiana parece afiliarse al criterio formal. Resulta reconocible, por tanto, en esta perspectiva italiana, un género próximo, constituido por la actividad financiera, un núcleo específico, constituido por la recepción del ahorro público y el ejercicio del crédito, así como una zona de actividades conexas o instrumentales, que evade el concepto material de actividad financiera.

Pero además, la norma impone otra idea fundamental. Una parte de la actividad negocial a que se hace referencia, se encuentra reservada a los bancos, es decir, constituye monopolio de las empresas bancarias. Es fácil comprender la razón de este fenómeno. Los bancos, como se explicó, por la vía del denominado multiplicador monetario, crean moneda (escritural) por lo que la autoridad monetaria no puede permitir a cualquier empresa la actividad correspondiente, sino que debe mantener esa creación de moneda bajo estricto control.

La ley italiana da otro concepto de lo que constituye la actividad reservada a los bancos con el cual me permito expresar una discrepancia. La recepción del ahorro del público en sí no puede ser actividad reservada a los bancos, porque toda emisión de valores de oferta pública constituye solicitación del ahorro público y – si bien se encuentra sometida a controles - no siempre está realizada por bancos. Pero más claro aún es el caso del ejercicio del crédito. Muchos particulares y empresas que no son bancos pueden ejercer el crédito, es decir, prestar dinero. Lo que está reservado a los bancos es el ejercicio del crédito con fondos recibidos del público, idea que constituye esencialmente la intermediación financiera. La recepción de fondos del público implica la adquisición- por la vía de depósito irregular – de la propiedad de los recursos financieros de los clientes, y el préstamo de los mismos implica la disposición de dichos recursos, lo que coloca al Banco en una posición sumamente frágil desde el punto de vista patrimonial

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

y justifica una serie de restricciones a la operativa, que parten de autorizaciones para el ejercicio de la actividad, y se prolongan a través de una serie de disposiciones legales y reglamentarias tendientes a preservar la liquidez, la solvencia patrimonial y el correcto gobierno corporativo, en protección de la estabilidad global del sistema financiero y de la continuidad de la cadena de pagos.

En la intermediación financiera, y en la gestión de medios de pago por el trámite de la cuenta corriente bancaria, el uso del cheque y de los medios de pagos electrónicos, se encuentra pues el corazón de la actividad bancaria.

Frente a la perspectiva italiana, es interesante considerar la visión francesa, que presenta diferencias con la italiana perceptibles no bien consideramos los títulos empleados por los textos legales. Así, mientras en Italia se habla de Texto Único "Bancario" (TUB) y de "Legge Bancaria", y separadamente se regula el mercado de valores mediante el Texto Único "Finanziario" (TUF), en Francia, las normas homólogas se aglomeran bajo el título "Code Monétaire et Financier" (CMF).

El CMF sistematiza en el art. 311 las operaciones bancarias en principales y conexas o accesorias. Según el artículo L311-1, las operaciones de banco comprenden la recepción de fondos del público, las operaciones de crédito, y la puesta a disposición de la clientela o la gestión de medios de pago.

Según el artículo L311-2, las operaciones conexas a las operaciones de banco son:

1. Las operaciones de cambio;

2. Las operaciones sobre oro, metales preciosos y monedas.

3. La colocación, la suscripción, la compra, la gestión, la custodia y la venta de valores mobiliarios y de cualquier producto financiero

4. El consejo y la asistencia en materia de gestión de patrimonio.

5. El consejo y la asistencia en materia de gestión financiera, la ingeniería financiera y de una manera general, todo servicio destinado a facilitar la creación y el desarrollo de empresas, bajo reserva de las disposiciones legislativas relativas al ejercicio ilegal de ciertas profesiones

6. Las operaciones de arrendamiento simple de bienes mobiliarios o inmobiliarios para los establecimientos habilitados a efectuar operaciones de crédito de uso (*crédit-bail*). …

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Puede apreciarse que en esta perspectiva francesa, existe también un núcleo de la actividad bancaria constituido por la recepción del público de recursos financieros, del ejercicio del crédito y de la gestión y puesta a disposición del público de medios de pago; y una zona conexa o accesoria, que comprende diversos servicios como el cumplimiento de mandatos, asesoramiento, custodia de bienes, alquiler de cofres de seguridad, etc., que en principio no constituyen actividades financieras o crediticias, pero son incorporadas a la regulación por su carácter conexo al financiero y por el hecho de que han sido tradicionalmente una parte importante del giro comercial de los bancos.

A su vez, la recepción de fondos del público se vincula con el concepto de llamado al ahorro público perfilada por el CMF en el artículo L411-1, que establece que la captación del ahorro público está constituida por una de las operaciones siguientes:

1. La admisión de un instrumento financiero para las negociaciones en un mercado organizado.
2. La emisión o la cesión de instrumentos financieros al público, con recurso sea a la publicidad, sea a la venta a domicilio, sea a establecimientos de crédito o a prestatarios de servicios de inversión.

En la perspectiva francesa está perfectamente clara la vinculación entre las dos actividades, la bancaria y la que constituye solicitación del ahorro público, que la incluye parcialmente y la trasciende. El llamado al ahorro público está constituido por dos elementos:

a. el carácter público de la oferta.
b. El objeto de la oferta, que consiste en un instrumento financiero.

De modo que en lugar de centrar la visión en el depósito irregular de dinero, el CMF acude a la noción de instrumento financiero, estableciendo una regulación toda vez que el contrato tenga por objeto un instrumento financiero ofrecido públicamente.

Emerge así el concepto de instrumento financiero, o de valor mobiliario, o – para utilizar el término en idioma inglés – las *"securities"*, como concepto central en torno al cual se ordena la regulación del mercado financiero [1].

[1] Según la ley de mercado de valores estadounidense de 1933, "The term "security" means any note, stock, treasury stock, security future, bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest or participation in any profit-sharing agreement, collateral-trust certificate, pre-organization certificate or

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Entiendo que ésta es también la praxis alemana, que aglutina las normas financieras en torno al concepto de *Kapitalmarktsrecht*.

De donde se deriva la necesidad de focalizar el concepto de instrumento financiero.

El artículo L211-1 del CMF define las clases de instrumentos financieros, indicando que los mismos comprenden:

1. Las acciones y otros títulos otorgando o pudiendo otorgar acceso, directa o indirectamente, al capital o a los derechos de voto, trasmisibles por inscripción en cuenta o por tradición.

2. Los títulos de crédito que representan cada uno un derecho de crédito contra la persona jurídica que los emite, trasmisibles por inscripción en cuenta o por tradición, con exclusión de efectos de comercio y bonos de caja.

3. Las partes o acciones de organismos de inversión colectiva (que conocemos también como cuotas parte de fondos comunes de inversión o de fideicomisos financieros).

4. Los instrumentos financieros a término. … Éstos son:

a. Los contratos financieros a término sobre títulos valores comerciales, valores mobiliarios, índices o divisas, comprendiendo los instrumentos equivalentes que den lugar a un pago en dinero.

b. Los contratos a término sobre tasas de interés.

c. Los contratos a término sobre mercancías y géneros.

d. Los contratos de opción de compra o de venta de instrumentos financieros.

e. Cualquier otro instrumento de mercado a término. …

Análogamente la ley italiana, en artículo 1 del TUF, enumera los diversos instrumentos financieros de la siguiente forma:

a) las acciones y otros títulos representativos de capital de riesgo negociables sobre el mercado de capitales.

b) Las obligaciones, los títulos de Deuda Pública y otros títulos de crédito negociables sobre el mercado de capitales.

---

subscription, transferable share, investment contract, voting-trust certificate, certificate of deposit for a security, fractional undivided interest in oil, gas, or other mineral rights, any put, call, straddle, option, or privilege on any security, certificate of deposit, or group or index of securities (including any interest therein or based on the value thereof), or any put, call, straddle, option, or privilege entered into on a national securities exchange relating to foreign currency, or, in general, any interest or instrument commonly known as a "security", or any certificate of interest or participation in, temporary or interim certificate for, receipt for, guarantee of, or warrant or right to subscribe to or purchase, any of the foregoing".

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

c) Las cuotas de fondos comunes de inversión.

d) Los títulos normalmente negociados en el □ercato monetario.

e) Cualquier otro título normalmente negociado que permita adquirir los instrumentos indicados en las letras precedentes y los relativos índices.

f) Los contratos "futuro" sobre instrumentos financieros, sobre tasas de interés, sobre divisas, sobre mercaderías y sobre los relativos índices, aún cuando la ejecución sobrevenga mediante el pago de diferenciales en dinero efectivo.

g) Los contratos de cambio contado y a término (*swaps*) sobre tasas de interés, sobre divisas, sobre mercaderías así como sobre índices accionarios (*equitiy swaps*) aún cuando la ejecución sobrevenga mediante el pago de diferenciales en dinero efectivo.

h) Los contratos a término vinculados con instrumentos financieros, tasas de interés, divisas, mercaderías y a los relativos índices.

i) Los contratos de opción para adquirir o vender los instrumentos indicados en los literales precedentes, así como contratos de opción sobre divisas, sobre tasas de interés, sobre mercaderías y sobre los relativos índices, aún cuando la ejecución sobrevenga mediante el pago de diferenciales en dinero efectivo.

l) Las combinaciones de contratos o de títulos indicados en los literales precedentes.

Adviértase que esta regulación se encuentra en el Testo Unico Finanziario, que se encuentra separado de la legislación bancaria propiamente dicha.

La NIC (Norma Internacional de Contabilidad) 32 analiza en detalle la distinción entre instrumento de crédito e instrumento de capital. El riesgo es esencialmente diverso. Del mismo modo, en los mercados de valores, los instrumentos pueden tener por objeto derechos de participación (como ocurre en las cuotas partes de fondos comunes de inversión) o de opción (como ocurre en los contratos de *swap* o en los *"commodity contracts"*).

En cuanto a las cuotas parte de fondos de inversión o fideicomisos financieros, aparece el concepto de patrimonio de afectación.

En relación con los contratos financieros a término, corresponde señalar su vinculación con lo dispuesto en los art. 1531 a 1536 del Código Civil italiano (De la venta a término de títulos de crédito) y 1548 a 1551 (Del reporto). Entiendo conveniente que el

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

capítulo sobre contratos u operaciones financieras y bancarias dé cuenta de estos contratos, que dan origen en los mercados financieros a instrumentos de extendida circulación. Estos contratos tienen por objeto la cobertura de un cambio futuro de precios en el mercado bajo la figura jurídica de la opción. El optante adquiere (normalmente mediante el pago de un precio) un derecho a comprar o vender por un precio determinado en un momento futuro. Si la opción es a la compra, y el precio del mercado en el momento de ejercicio de la opción es superior, ejercerá la opción, y la contraparte (concedente) deberá pagar la diferencia entre el precio determinado pactado en el contrato a término, y el precio del mercado.

De lo que surge que en general, estos contratos no tienen por objeto el activo subyacente en sí mismo considerado, sino la diferencia de precio entre el pactado en el contrato, y el de mercado en el momento señalado.

Sería en mi opinión positivo incorporar en el proyecto de código este concepto: en los contratos a término sobre mercados financieros, el objeto no es el activo subyacente, sino el diferencial de precio, Y ello a los efectos de solucionar una *vexata quaestio* del derecho concursal, que en relación con estos contratos, plantea la discusión sobre si el síndico de la quiebra puede reclamar de la contraparte en un contrato a término, el total de la prestación subyacente, y pagar el total de la contrapartida en moneda de quiebra (práctica que se conoce como *"cherry picking"*), o si por el contrario, sólo tiene derecho a percibir la diferencia (lo que parece a todas luces más justo y más seguro para la estabilidad general de los mercados financieros). Dejar este principio asentado en la regulación de los contratos financieros en el mercado común europeo puede constituir un aporte para hacer honor a la justicia conmutativa, y también para aumentar la seguridad jurídica de estos contratos que, sin perjuicio de su utilidad meramente especulativa, cumplen una importante función como cobertura de operaciones comerciales y financieras a futuro.

El CMF alude a instrumentos financieros trasmisibles por tradición o por inscripción en cuenta. Esta distinción es fundamental y en mi opinión debería ser recogida en el proyecto de código. Los valores mobiliarios circulan mayoritariamente en nuestros días según la técnica escritural, es decir, por el juego de inscripciones contables en los registros de los bancos, de las instituciones de clearing o de las cajas de valores (lo que el Testo Unico Finanziario italiano llama *"gestione acentrata"*). El proyecto de

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

código debería reconocer esta realidad y consagrar que en determinadas condiciones, los valores pueden ser trasmitidos o gravados con derechos reales mediante anotaciones contables.

Como última prueba de que es menester acudir a un concepto más vasto que el de las operaciones bancarias, puede acudirse a la cuestión de los contratos asegurativos. La convocatoria de los miembros de la Academia ha sido para tratar los contratos "bancarios, financieros y asegurativos". Del conjunto de discusiones llevadas a cabo en los dos últimos años, surge para mí claramente que se ha distinguido los seguros propiamente dichos, cuyo objeto mismo es la cobertura de un riesgo, y constituyen contratos aleatorios, de contratos que, bajo la denominación de seguros, no constituyen sino la inversión de recursos financieros o ahorro puro y simple, aún cuando guarnecidos por algún aspecto de cobertura del riesgo pero que resulta significativamente reducido (vid. la ponencia del prof. Agostino Gambino a la reunión de la Academia de noviembre de 2007).

Para culminar, es conveniente tener en cuenta que las normas del código que se refieren a los contratos financieros, deberían aplicarse también en lo pertinente – porque recaen sobre idéntica materia - a las prestaciones financieras emergentes de contratos que, a cambio de la prestación de bienes o servicios, originan obligaciones de pagar una suma de dinero diferida en el tiempo (contratos de crédito). Se trata de una problemática que incluye el ámbito formal de las operaciones bancarias, pero lo excede totalmente. Como ejemplo de ello puede mencionarse la problemática de la financiación de bienes y servicios, que es objeto de regulación en todos los países, aún cuando es ajena a la operativa bancaria.

Es imprescindible tener conciencia de la complejidad del fenómeno en estudio para encarar una regulación del mismo, que por otra parte, como sostuvo con razón M. Cohen-Branche, debe estar presidida por el criterio de la sobriedad legislativa.

Sin embargo, es compartible que el concepto de operación financiera así planteado reviste una excesiva generalidad. Para proceder en forma útil, entiendo que este ámbito general requiere una restricción. La pertinencia de tratar unificadamente las transacciones u operaciones financieras genéricamente surge cuando en dichas operaciones financieras intervienen consumidores o usuarios, no cuando quienes contratan son profesionales. No creo que sea pertinente que el código conciba su capítulo de contratos

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

financieros incluyendo la problemática de los contratos entre profesionales. El ámbito material que requiere una regulación desde el punto de vista de un código de contratos es, en mi opinión, el que refiere a las operaciones financieras en que intervienen consumidores; así ha sido en el caso del Código Civil italiano del 42, que regula contratos bancarios en cuanto refieren a la relación del banco con el cliente. O sea que tendremos operaciones financieras realizadas entre profesionales (que se regirán por las reglas generales de los contratos civiles y comerciales) y operaciones financieras realizadas por consumidores, que son las que debieran recibir la atención del Código. Y además tendremos contratos bancarios que involucran por un lado al banco y por otro al consumidor.

En este punto es menester señalar que cuando se trata de operaciones financieras, el concepto de consumidor puede encontrar una ampliación respecto del que generalmente se emplea. La regla italiana emplea el concepto general: "persona que actúa por motivos extraños a la actividad empresarial o profesional eventualmente cumplida" (TUB Art. 121). Sin embargo, participo de la idea de que debe ser considerado consumidor de servicios financieros no solamente la persona física que emplea recursos financieros al final de la cadena económica, fuera del proceso de producción, distribución o comercialización, sino incluso de empresas, pero que no proveen servicios financieros. Se trata de buscar la protección del cliente no advertido, de quien no tiene por qué tener la competencia especial en asuntos financieros. Los criterios empleados por la ley estadounidense sobre valores son los siguientes: *"financial sophistication, net worth, knowledge, and experience in financial matters, or amount of assets under management"*.

REGLAS GENERALES SOBRE OPERACIONES FINANCIERAS CON CONSUMIDORES

Como enseña Enrico Gabrielli, la clasificación de los contratos contenida en los códigos deber ser útil en términos de incorporar categorías ordenantes de las cuales se deriven consecuencias útiles en términos de la disciplina aplicable. En ese sentido, observamos que el tipo "contratos bancarios", por un lado, ha quedado estrecho para regular el amplio conjunto de convenciones que se orientan a satisfacer necesidades financieras, entendiendo por tales, en términos muy generales, la colocación rentable de excedentes financieros, o el acceso a recursos financieros por parte de quienes carecen de ellos.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

La ventaja de la utilización del concepto amplio de la actividad denominada financiera, que se califica por su objeto (dinero o instrumentos financieros), consiste en permitir la aglomeración de ciertos principios propios de este tipo como la especial limitación a la autonomía de la voluntad (las operaciones financieras constituye el único recurso donde en casi todos los países existen límites máximos al interés, que es el precio por el uso del dinero); de abstención del abuso de posición dominante; de transparencia y publicidad de las condiciones contractuales y en particular de fijación inicial y de modificación de las tasas de interés y de las comisiones por los servicios; de información veraz, suficiente y oportuna (lo que se ha denominado responsabilidad por prospecto), etc., lo que constituye una especificación de los deberes generales de información establecidos como reglas generales de contratación, que no resultan suficientes para proveer una tutela efectiva de los derechos del consumidor en esta área de operaciones financieras.

1. APLICACIÓN DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO SOBRE CONTRATOS CON CONSUMIDORES.

Son en general aplicables los art. 7 (Deber de información en las tratativas), Artículo 9 (Tratos preliminares con los consumidores fuera del establecimiento mercantil), Artículo 30 (Contenido lícito y no abusivo), artículo 33 (Condiciones generales del contrato), Artículo 38 (Contrato concluido por medio de fórmulas tipo o formularios), y Artículo 43, (Modificación y extinción del contrato y derecho de desistimiento).

2. REGLAS ESPECIALES SOBRE OPERACIONES FINANCIERAS CON CONSUMIDORES

a. Generalidades

En primer lugar corresponde colocar las normas especiales sobre transparencia de las condiciones contractuales, que son de aplicación sin excepción para todas las operaciones financieras. El objetivo central es que el consumidor tenga a su disposición información clara sobre el precio o costo del servicio financiero (ya se trate del interés, activo o pasivo, de los costos o gastos asociados que puedan incidir en la ecuación económica de la operación), en primer lugar, por una razón de justicia conmutativa, y por otro lado,

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

para asegurar el correcto funcionamiento del mercado y de la competencia. [2]

b. Financiación del consumo.

En relación con el financiamiento del consumo, tanto las normas italianas como las francesas, hacen hincapié en la transparencia de las condiciones. Así el TUB, art. 121 , define la noción de crédito al consumo, entendiendo por tal "la concesión, en el ejercicio de una actividad comercial o profesional, de crédito bajo la forma de diferimiento en el pago, de financiamiento o de otra análoga facilidad financiera" Obsérvese como esta norma no se limita o restringe al ámbito bancario, ni aún de los operaciones del mercado financiero. En el art. 124, el TUB refiere a "los contratos de crédito al consumo que tengan como objeto la adquisición de determinados bienes o servicios". La amplitud es enorme. La ley incide aquí imponiendo a las empresas que conceden crédito (se trate o no de bancos) cierta metodología para el cálculo de los intereses (Tasso Anuale Effetivo Globale en Italia, Taux Effectif Global en Francia, Annual Percentage Rate en USA), debiendo expresar un "detalle analítico".

La complejidad de su cálculo hace necesario remitirse a la reglamentación de las autoridades monetarias de los respectivos países. Sin embargo, en todos los casos se exige la manifestación clara de información sobre el costo del crédito, ya sea en la fase

[2] En oportunidad en que se aprobara en los Estados Unidos la ley sobre transparencia en el mercado de crédito ("Truth in Lending Act"), el Congreso consideró: "economic stabilization would be enhanced and the competition among the various financial institutions and other firms engaged in the extension of consumer credit would be strengthened by the informed use of credit. The informed use of credit results from an awareness of the cost thereof by consumers. It is the purpose of this title to assure a meaningful disclosure of credit terms so that the consumer will be able to compare more readily the various credit terms available to him and avoid the uninformed use of credit, and to protect the consumer against inaccurate and unfair credit billing and credit card practices.

…"Material disclosures" means the disclosure, as required by this title, of the annual percentage rate, the method of determining the finance charge and the balance upon which a finance charge will be imposed, the amount of the finance charge, the amount to be financed, the total of payments, the number and amount of payments, the due dates or periods of payments scheduled to repay the indebtedness…"

La norma norteamericana es sumamente estricta, admitiéndose una tolerancia mínima.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

inicial, como durante la ejecución del contrato, en lo que tiene que ver con las informaciones periódicas que la empresa proveedora de crédito debe expresar al consumidor. Asimismo, esa misma información clara sobre el costo total de la financiación *("disclosure")* es aplicable a la publicidad de servicios financieros.

La posibilidad de la entidad que otorga el crédito de modificar los precios, no puede ser remitida a su arbitrio, sino que debe referenciar a elementos objetivos, y además, ello debe haber sido expresamente aceptado por el cliente. Si se trata de contratos de duración, la modificación de los precios conlleva el derecho de receso unilateral y la liquidación de los adeudos a los precios precedentes.

Estos derechos del consumidor están normalmente sometidos a plazos de caducidad que es menester establecer.

Del mismo modo, resultan de aplicación general las reglas sobre tasas máximas de interés compensatorio y moratorio (normas prohibitivas sobre usura). Los distintos países asumen posiciones distintas a este respecto, según el gobierno de turno adopte una postula más o menos liberal. Sin embargo, en materia de crédito al consumo, muchos países imponen límites, ya sea absolutos, o relativos, por referencia a los precios del mercado.

Un último punto cuya previsión sería importante dentro de este capítulo general de financiamiento del consumo, es el vinculado con los registros de deudores morosos y el tratamiento de la información correspondiente. Constituye práctica corriente que los acreedores de prestaciones financieras comuniquen los incumplimientos de sus deudores a bases de datos centralizadas que a su vez son consultadas en forma previa a la concesión de otros créditos. Es obvio que se trata de un recurso útil para el crédito ya que informa a los potenciales acreedores sobre el historial de cumplimiento del deudor. No obstante, si la información contenida en dichas bases se usa en forma incorrecta, se suscitan grandes inconvenientes para los deudores; incluso si no media error alguno, un antecedente negativo que puede incluso obedecer a dificultades puntuales relativas a una operación específica, puede significar la "muerte civil" del deudor.

Se trata sin duda de un delicado equilibrio en el que debe tomarse partido sin descartar la incidencia de factores ideológicos y políticos.

Por ejemplo, el CMF francés en su art. L313-6, regula especialmente el manejo de las informaciones sobre los incidentes

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

de pago caracterizados vinculados a los créditos acordados a las personas físicas por necesidades no profesionales, limitando al Banco de Francia la posibilidad de centralizar dicha información y restringiendo su utilización.

c. Servicio de administración de inversiones.

El consumidor de servicios financieros no es solamente aquél que tiene necesidad de financiamiento. Su necesidad puede consistir en la colocación de recursos financieros excedentes. Hemos señalado que como consecuencia de la "desintermediación financiera", los consumidores no acuden al depósito irregular bancario, sino que utilizan los servicios de los bancos y demás agentes financieros para colocar su dinero en instrumentos financieros emitidos por terceros. Resulta claro que en este caso, los bancos no se obligan a la devolución de las sumas recibidas, como en el caso del depósito irregular. Los eventuales perjuicios derivados del incumplimiento por parte de los emisores de los valores o instrumentos financieros, constituyen un riesgo del cliente. El banco cumple con emplear la diligencia de un buen padre de familia.

Sin embargo, desde el momento en que el cliente es un consumidor, la tendencia constante ha sido en el sentido de exigir a los bancos un mayor y más específico grado de diligencia para quedar exonerados de responsabilidad. Siguiendo esta tendencia, pueden reconocerse ciertas obligaciones específicamente exigidas a los bancos o a los prestadores del servicio de colocación y administración de inversión en instrumentos financieros emitidos por terceros:

a. Disponer de una organización funcional, y políticas y procedimientos preestablecidos que permitan la identificación, medición y monitoreo efectivo de los riesgos asociados con las inversiones.

b. Disponer de personal capacitado para seleccionar los instrumentos a ofrecer a la clientela y determinar cuáles instrumentos son adecuados a sus características y objetivos de la inversión por parte del cliente. En muchos casos se exige que esta capacitación se encuentre certificada según estándares internacionales y que sea continua.

Cuando el consumidor es inversor, resulta ampliamente compartido que el profesional (ya se trate de banco, empresa de crédito, intermediario de valores, empresa de seguros, etc.) tiene el deber pre-contractual de aquilatar el perfil del cliente y asesorarlo de modo de que éste asuma informadamente la operación a realizar. Se

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

trata del concepto de consentimiento informado que existe en general en materia de contratación de consumo, pero que en materia financiera asume una particular relevancia. El límite de esta obligación debe ubicarse (como señalara Jean-Pierre Gridel), en la exigencia de la buena fe al cliente.

El intermediario financiero debe cuidar especialmente los eventuales conflictos de interés, y no puede tomar ventaja de información privilegiada (*insider trading).*

En materia de recurso al ahorro del público mediante la oferta pública de valores, las leyes generalmente imponen particulares deberes de proporcionar al consumidor o inversor información veraz, suficiente y oportuna sobre la situación financiera de los emisores.[3]

[3] Así por ejemplo el artículo L412-1 del CMF, según en cual las personas que proceden a una operación de captación de ahorro público deben previamente publicar y tener a disposición de todo interesado un documento destinado a la información al público, refiriéndose al contenido y modalidades de la operación , la organización, la situación financiera y la evolución del emisor …

Del mismo modo, el Testo Unico Finanziario italiano (art. 21) impone los siguientes deberes:

1. Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono:

a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati. I soggetti abilitati classificano, ... il grado di rischiosità dei prodotti finanziari e delle gestioni di portafogli d'investimento e rispettano il principio dell'adeguatezza fra le operazioni consigliate agli investitori, o effettuate per conto di essi, e il profilo di ciascun cliente, determinato sulla base della sua esperienza in materia di investimenti in prodotti finanziari, della sua situazione finanziaria, dei suoi

obiettivi d'investimento e della sua propensione al rischio, salve le diverse disposizioni espressamente impartite dall'investitore medesimo in forma scritta, ovvero anche mediante comunicazione telefonica o con l'uso di strumenti telematici, purché siano adottate procedure che assicurino l'accertamento della provenienza e la conservazione della documentazione dell'ordine;

b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati;

c) organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento;

d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi;

e) svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

CONCLUSIÓN

He expresado opinión en el sentido de que existe materia para establecer un capítulo general sobre operaciones financieras con consumidores, conteniendo las reglas aludidas más arriba. Ciertamente, admito que ello pueda ser discutible, sobre todo teniendo en cuenta la necesidad de que el proyecto de Código reconozca y armonice la diversidad de regulaciones vigentes en los distintos países europeos. En todo caso, si se entendiera que no corresponde la incorporación de un capítulo general sobre operaciones financieras, las propuestas anteriormente detalladas, o alguna de ellas, pudieran ser incorporadas en diversos capítulos dedicados respectivamente a operaciones bancarias, por un lado, y operaciones en los mercados de valores, por el otro.

II. PROPOSICIONES NORMATIVAS CONCRETAS SOBRE CONTRATOS BANCARIOS

Refiriéndonos ya concretamente a los contratos tradicionalmente considerados bancarios, me permito hacer las siguientes proposiciones.

PRUEBA DE LOS CONTRATOS BANCARIOS

Un tema que los redactores del proyecto no pueden soslayar es la definición en el sentido de si el contrato bancario, como principio general, ha de ser consensual o solemne. El TUB italiano en su art. 117 prevé la necesidad de una forma escrita. Una tendencia tuitiva de los consumidores de servicios financieros conduciría a establecer la solemnidad del contrato, pero legitimado solamente al consumidor a pedir la nulidad correspondiente.

NORMAS GENERALES SOBRE LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA

Como han sostenido fundadamente Marielle Cohen-Branche y Thierry Boneau en sus respectivas ponencias a la reunión del año 2006, se trata de una convención fundamental de la actividad bancaria, que se encuentra en el corazón del giro. Vincula al banco con la clientela, configurando el medio privilegiado por el cual los clientes hacen depósitos y obtienen recursos por medio de préstamos, y realizan pagos a terceros utilizando cheques y otras modalidades incluso electrónicas.

Como lo han detectado varios académicos (la citada Mme. Cohen-Branche, M. Boneau y el Prof. De los Mozos), si bien

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

reconocen un origen común, no existe identidad entre la normativa propia de la cuenta corriente mercantil y de la cuenta corriente bancaria.

En la Cuenta Corriente mercantil, el objeto de la convención consiste fundamentalmente en la suspensión de la exigibilidad de créditos recíprocos entre dos comerciantes, que se anotan en una cuenta y se saldan en una fecha única convenida de liquidación. Sin embargo, jurídicamente, cada partida y cada operación conserva su individualidad; lo que se efectúa es una postergación de la exigibilidad de los saldos monetarios.

En la Cuenta Corriente bancaria, no se aprecia convención alguna sobre la postergación de la exigibilidad de obligaciones. Se trata de un procedimiento por el cual las diversas operaciones bancarias van generando un saldo consolidado de disponibilidad líquida unilateral.

No es planteable respecto de la cuenta corriente el problema del efecto novativo o no de la inscripción en cuenta. Naturalmente, pueden traerse partidas o efectos a crédito o a débito de la cuenta, y el principio es que dichos créditos o débitos son salvo buen fin, aunque normalmente los sistemas de compensación interbancarios reglamentan las condiciones en las cuales un efecto llevado a crédito o débito de la cuenta puede ser retirado o revocado el asiento correspondiente. Pero la cuenta corriente opera por compensación, no por novación. Por tanto no son aplicables a la cuenta corriente bancaria lo dispuesto por los Art. 1823, 1825, 1827 del Código Civil italiano.

Sí entiendo conveniente incorporar algunas normas específicas sobre cuenta corriente bancaria establecidas en el Código Civil italiano, que resuelven numerosos problemas que se aprecian comúnmente en la práctica (por ejemplo los art. 1852, 1853 1854 1855. Sin perjuicio de las normas indicadas, aplicables a la cuenta corriente bancaria, asimismo se aplican según el art. 1857, los art. 1826, 1829 e 1832, radicados en sede de cuenta corriente mercantil. Asimismo entiendo aplicables y muy útiles los Art. 1828 sobre la eficacia de la garantía de los créditos resultantes de la cuenta y 1830 sobre el embargo *(sequestro o pignoramento)* del saldo.

El CMF contiene una norma muy interesante referente al derecho de acceso a la cuenta corriente. Según el art. L312-1, toda persona física o jurídica domiciliada en Francia, desprovista de una cuenta de depósito, tiene derecho a al apertura de tal cuenta en el establecimiento de crédito de su elección o ante los servicios

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

financiero del Correo o del Tesoro Público, … quienes no podrán excluir los denominados "servicios bancarios de base", definidos en el Decreto n° 2006-384 de 27 de marzo de 2006:

- La apertura y cierre de la cuenta.
- Un cambio de domicilio por año.
- La entrega a solicitud, de datos de identidad bancaria.
- La domiciliación de giros bancarios.
- El envío mensual de un extracto de operaciones efectuadas en la cuenta.
- La realización de operaciones de caja.
- El cobro de cheques y giros bancarios.
- Los depósitos y retiros de dinero en las cajas del organismo que lleva la cuenta.
- Los pagos por débito automático, transferencia interbancaria o giro bancario.
- Medios de consulta a distancia del saldo de la cuenta.
- Dos formularos de cheque de banco por mes o medios de pago equivalente ofreciendo los mismos servicios.
- Desde abril de 2006, una carta de pago de la que cada utilización debe ser autorizada por el establecimiento de crédito que la ha emitido.

La norma francesa es indudablemente admirable y compartible, como un instrumento de integración y lucha contra la exclusión.

Sin perjuicio, en todos los países, en el marco de las normas sobre prevención y represión del lavado de dinero, se reglamenta la obligación de la institución bancaria de identificar al cliente. Se plantea la cuestión de si debe insertarse en el Código una norma de este tipo. El Reglamento Modelo de la CICAD - OEA (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos) en su artículo 11, recomienda que las instituciones financieras deben abrir cuentas nominativas y no abrir cuentas anónimas ni que figuren bajo nombres ficticios o inexactos. Así mismo, deben registrar y verificar la identidad de sus clientes, actualizar y conservar la información de éstos. También recomienda mantener registros que permitan la reconstrucción de transacciones. Se entiende como cliente, la persona natural (física) o jurídica (moral), con la cual se tienen una relación contractual de carácter financiero. Esta relación puede ser de manera ocasional o permanente. En cambio el usuario es la persona natural o jurídica, que tiene acceso a un número limitado de

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

servicios de la entidad, pues no existe la relación contractual o, si existe, ésta no genera un riesgo significativo. Como la línea divisoria entre estos dos conceptos no es definitiva y puede variar según la legislación, el concepto del supervisor bancario y las características del sujeto obligado, se recomienda que cada entidad defina en su manual de prevención al lavado de activos quienes son sus clientes. La diferenciación entre cliente y usuario tiene como propósito establecer obligaciones de control más estrictas para los clientes, debido a que éstos tienen una relación más significativa con la entidad, pero manteniendo controles suficientes para los usuarios.

SECRETO PROFESIONAL

En materia de contratos bancarios, se impone de cargo de las entidades un deber general de reserva. El mismo se extiende no solamente en la etapa pre-contractual, como lo dispone el art. 8 del Código Deber de reserva, sino que abarca toda la actuación profesional de las entidades bancarias.

CONTRATOS BANCARIOS ESPECIALES

La doctrina ha clasificado tradicionalmente las operaciones bancarias en pasivas, activas y neutras. Las operaciones activas y pasivas implican la intermediación financiera, es decir, la colocación del banco como adquirente y enajenante de la propiedad de recursos financieros, asumiendo y obteniendo respectivamente derechos de crédito. Los activos y pasivos de los bancos están integrados fundamentalmente por derechos de crédito y obligaciones. Las operaciones pasivas implican que el Banco es deudor, y las activas, acreedor. Por su parte en las operaciones neutras, los bancos no actúan como intermediarios financieros, sino en operaciones "conexas" (mandatos, comisiones, asesoramientos, custodia de bienes, servicio de cofres de seguridad, etc.).

OPERACIONES PASIVAS

El Código Civil italiano prevé como operación activa, el depósito irregular de dinero (art. 1834) aclarando que el banco adquiere la propiedad del mismo y queda obligado a restituirlo en la misma especie monetaria.

Entiendo que la norma se justifica, ya que el depósito bancario tiene una naturaleza totalmente distinta de la del depósito regular, previsto por el proyecto en la parte respectiva.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Sin perjuicio de ello, hoy día, los clientes que tienen excedente de recursos financieros no los depositan por la vía de depósito irregular, sino en el régimen de administración de inversiones. Si bien formalmente se trata de inversión en valores emitidos por terceros y no existe obligación del banco de garantizar el pago, una gran parte de la operativa de canalización de recursos se hace por esta vía y ello justifica el tratamiento en este lugar.

Es menester tomar partido por el grado de responsabilidad que asume el banco. En esta línea resulta interesante el art. 1838 del Código Civil italiano (Deposito dei titoli in amministrazione). Originalmente concebidos como forma de eludir responsabilidad, la jurisprudencia se ha dirigido a ellos imponiendo a los bancos obligaciones cada vez más gravosas, que si bien no alteran su naturaleza, aportan matices de solemnidad y la integración de obligaciones formales, como la de información y la de consejo, teniendo en cuenta el perfil del cliente. Esta obligación de información debe ser cumplida por los bancos, estando la carga de la prueba de su cumplimiento de su cargo.

En esa línea se encuentra el Testo Unico Finanziario italiano[4]. Si bien la tónica general de estos contratos se alinea con las obligaciones de medios, entiendo que el proyecto de código debe incorporar algunas normas sobre la inversión de la carga de la

[4] Dicha norma establece que "per "servizi di investimento" si intendono le seguenti attività, quando hanno per oggetto strumenti finanziari: a) negoziazione per conto proprio; b) negoziazione per conto terzi; c) collocamento, con o senza preventiva sottoscrizione o acquisto a fermo, ovvero assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; d) gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto terzi; e) ricezione e trasmissione di ordini nonchè mediazione. Y "per "servizi accessori" si intendono: a) la custodia e amministrazione di strumenti finanziari; b) la locazione di cassette di sicurezza; c) la concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari, nella quale interviene il soggetto che concede il finanziamento; d) la consulenza alle imprese in materia di struttura finanziaria, di strategia industriale e di questioni connesse, nonchè la consulenza e i servizi concernenti le concentrazioni e l'acquisto di imprese; e) i servizi connessi all'emissione o al collocamento di strumenti finanziari, ivi compresa l'organizzazione e la costituzione di consorzi di garanzia e collocamento; f) la consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari; g) l'intermediazione in cambi, quando collegata alla prestazione di servizi d'investimento". Agrega que los medios de pago no se consideran instrumentos financieros.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

prueba del deber de informar de cargo de los bancos en materia de gestión de patrimonios e inversiones.

OPERACIONES ACTIVAS

En cuanto a las operaciones activas, resulta sumamente completa la norma del Art. L313-1 del CMF :

Constituye operación de crédito todo acto por el cual una persona, actuando a título oneroso, pone o promete poner fondos a disposición de otra persona, o contrae, en interés de ella, un compromiso de firma tal como un aval, una fianza o una garantía.

Son asimilados a las operaciones de crédito el crédito de uso *(crédit-bail)* y de manera general, toda operación de arrendamiento acompañada de una opción de compra.

Apertura de crédito bancario.

Resulta particularmente necesario dictar alguna regla vinculada con la apertura de crédito bancario

El art. 1842 del CCI aporta su noción, indicando que la apertura de crédito bancario es un contrato con el cual el banco se obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por un período de tiempo determinado, o a tiempo indeterminado.

Resulta sumamente útil la norma del art. 1844 relativa a las garantías, que prevé que éstas no se extinguen antes de la finalización de la relación por el solo hecho de que el acreditado deje de ser deudor del banco.

La determinación de la naturaleza jurídica de este negocio y los derechos que de él resultan para el cliente ha sido objeto de largas controversias. Hay quien sostiene que la apertura de crédito es un contrato definitivo que obliga al banco; ello conduciría a la posibilidad para el cliente de pedir la ejecución forzada de dicha obligación, forzando al banco a desembolsar la suma acordada. Sin embargo, si ello fuera así, la suma aún no desembolsada correspondiente a una apertura de crédito constituiría ya un activo en el patrimonio del cliente, con la consecuencia de que podría ser embargada por sus acreedores.

Resultando esta situación absurda, entiendo que es más conveniente preservar el principio de la naturaleza real del contrato de mutuo, determinándose así una situación de naturaleza pre-contractual, que no genera obligación de desembolso de parte del

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

banco, pero lo obliga a resarcir los daños y perjuicios pre-contractuales por rehusamiento injustificado.

Entiendo que ésa es la solución que surge del art. L313-12 del CMF. De todos modos debe preservarse para el banco la posibilidad de interrumpir el concurso crediticio si las condiciones financieras del cliente o de sus garantías han cambiado hasta el punto de poner el riesgo el recupero del crédito. Ésta es la solución expresamente prevista por el art. 1844 inciso 2 del Código Civil italiano (Si la garantía deviene insuficiente, el banco puede pedir un suplemento … y si el acreditado no cumple, ... el banco puede reducir el crédito proporcionalmente a la disminución del valor de la garantía o receder del contrato).

Arrendamiento financiero *(«leasing», crédit bail).*

La normativa comunitaria reconoce como operación bancaria admitida al reconocimiento mutuo el arrendamiento financiero (Leasing). En relación con esta figura obviamente no contemplada en el Código Civil italiano, creo que se impone incluir algunas regulaciones sobre la publicidad del contrato y sus efectos en relación con terceros; la no responsabilidad de la institución financiera por los vicios o defectos de la cosa, que se impone en la medida en que es el cliente el que elige el proveedor, estando de cargo de la institución financiera únicamente el financiamiento con la reserva de la propiedad del bien); y la restricción de cláusulas exorbitantes en caso de rescisión del contrato que muchas veces se dan en la práctica.

Tarjetas de crédito.

El fenómeno de las tarjetas de crédito es relativamente reciente pero ha tenido un enorme desarrollo y sería conveniente que el proyecto de código contemplara el caso e incluyera algunas regulaciones básicas. Creo que el problema jurídico más relevante dice relación con la posibilidad por parte del cliente de resistirse al pago de las cuotas del precio de bienes o servicios pagados con tarjeta de crédito, cuando dichos bienes o servicios presentan anomalías o se encuentra implicado un incumplimiento del contrato celebrado con el comerciante. La Academia debería tomar una decisión al respecto.

Además de las tarjetas de crédito, se encuentra desarrollado el pago con tarjetas de débito pero creo que las mismas no

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

presentan dificultades fuera de las indicadas en relación con las transferencias de fondos preautorizadas de crédito y de débito.

Concesión de garantías y suscripción de compromisos.

Un punto entre los relativos a la contratación bancaria en el cual sin duda es conveniente la reglamentación legislativa es el de las llamadas garantías bancarias que presentan cierto carácter de autonomía o independencia con relación a la obligación principal. En efecto, la práctica comercial ha suscitado la necesidad de garantías bancarias que den al acreedor una seguridad elevada, requiriendo que el compromiso del banco quede desvinculado de la problemática de la operación comercial subyacente.

En la práctica se aprecia las siguientes:

1. El aval bancario.

Este instrumento es propio del derecho comercial, teniendo dudas sobre la pertinencia de incorporar una norma relativa en el proyecto de código.

2. Créditos documentarios.

Los créditos documentarios son un instrumento del comercio internacional ampliamente utilizado en la práctica bancaria. En general, se los regula por la Reglas y Usos Uniformes (UCC Rules) de la Cámara de Comercio Internacional (encontrándose en vigencia la conocida como "Publicación 500").

Entiendo que el código debería reconocer la existencia de esta figura, consagrando los siguientes principios básicos:

b.1 Principio de la doble autonomía: independencia del contrato de base, independencia de la relación banco cliente con banco beneficiario.

b.2 Principio de la estricta conformidad.

3. Cartas de crédito stand by.

Según la convención de Naciones Unidas (Cnudmi) sobre garantías independientes y cartas de crédito contingentes, "se entiende por garantía independiente o carta de crédito contingente, la promesa realizada por un banco o alguna otra institución o persona ("garante/emisor"), de pagar al beneficiario una suma determinada o determinable a su simple reclamación o a su reclamación acompañada de otros documentos, con arreglo a las

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

cláusulas y cualesquiera condiciones documentarias de la obligación, donde se indique, o de donde se infiera, que el pago se debe en razón de la omisión en el cumplimiento de una obligación, o por otra contingencia, o por dinero prestado o adelantado, o a raíz de una deuda vencida contraída por el solicitante o por otra persona".

La Convención dispone que

"2) La promesa podrá otorgarse:

a) A solicitud o por instrucciones del cliente ("solicitante") del garante/emisor;

b) Conforme a las instrucciones recibidas de otro banco, institución o persona ("parte ordenante") que haya actuado a instancias del cliente ("solicitante") de esa parte ordenante; o

c) En nombre propio por el garante/emisor.

3) En la promesa podrá disponerse que el pago se efectúe de cualquier forma, incluyendo:

a) El pago en determinada moneda o unidad de cuenta;

b) La aceptación de una letra de cambio;

c) Un pago diferido;

d) La entrega de determinado artículo de valor.

4) En la promesa se podrá disponer que el garante/emisor sea igualmente el beneficiario cuando actúe a favor de otra persona.

Según el art. 3, para los fines de la Convención, una promesa será independiente cuando la obligación del garante/emisor frente al beneficiario:

a) No dependa de la existencia o validez de una operación subyacente, ni de ninguna otra promesa (inclusive la carta de crédito contingente o la garantía independiente a la que se refiera una confirmación o una contra-garantía), o

b) No esté sujeta a ninguna cláusula que no aparezca en la promesa ni a ningún acto o hecho futuro e incierto, salvo la presentación de documentos u otro acto o hecho análogo comprendido en el giro de los negocios del garante/emisor".

Estimo que la previsión más importante se da sobre la independencia de esta obligación, que es accesoria, respecto de la obligación principal, y que debe quedar reflejada en el proyecto de código europeo, para aportar seguridad al comercio.

El otro punto importante dice relación con la posibilidad de revisar el compromiso de garantía independiente en caso de fraude.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Este instrumento se encuentra asimismo contemplado en la reglamentación elaborada por la Cámara de Comercio Internacional sobre cartas de crédito stand by de 1998 (ISP 98).

«Factoring» con o sin recurso,

Corresponde recordar lo establecido en el art. 122 del Código europeo de contratos en relación con la cesión de créditos: Modalidades y efectos de la cesión, donde se establece diversas normas sobre cesión de créditos pero se dispone que "a las cesiones de crédito efectuadas por bancos o por empresas que practican el *factoring* no se aplican los artículos precedentes, sino las disposiciones legales en vigor o las reglas uniformes del correspondiente sector económico y, en su defecto, los usos".

Garantías de las operaciones bancarias activas.

Garantía personal.

Si a algún sujeto conviene la calificación de sujeto débil, es al fiador y en particular, al fiador de deudas bancarias. La fianza bancaria lo es en general de deudas no determinadas y futuras. La experiencia muestra que en muchos casos, los herederos del fiador ignoran la existencia de la fianza. El otro problema que se verifica en la práctica es que los administradores y directores de empresas, que cesan su participación en ellas, omiten poner fin a las fianzas bancarias, con el desagradable resultado de que años después, son requeridos para el pago de las deudas de la empresa de la que se desvincularon.

El código civil de Québec, uno de los más modernos, puso fin a estas situaciones estableciendo dos normas. El art. 2361, que establece que el fallecimiento del fiador pone fin a la fianza, sin admitirse pacto en contrario; y el art. 2363, que dispone que la fianza vinculada al ejercicio de funciones particulares, se extingue cuando cesan dichas funciones. Naturalmente, el fiador queda responsable por las deudas existentes al momento de la extinción (art. 2364).

El CMF en su art. L. 313-22, sin llegar a tan drástica solución, impone a los establecimientos de crédito que hayan concedido crédito garantido por una fianza, la carga de informar a esa persona en forma anual el monto de las obligaciones pendientes, bajo apercibimiento de la pérdida de los intereses vencidos desde la fecha de la última comunicación hasta la fecha de comunicación de la nueva información.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Garantías reales.

El Código Civil italiano regula el contrato denominado *"anticipazione bancaria"*. Existe consenso en que se trata de un particular tipo de operación activa en que se emplean garantías prendarias.

Entiendo que el problema de las garantías reales, y particularmente, de las garantías reales mobiliarias, es de primera magnitud, no solamente en relación con las operaciones bancarias, sino con las financieras en general y aún más allá de ese ámbito.

Su inclusión en el proyecto de código debería ser objeto de un tratamiento por separado.

OPERACIONES NEUTRAS

Como se indicó, en las operaciones neutras los bancos no intermedian en la adquisición y enajenación de la propiedad de los recursos financieros.

Se trata entonces de operaciones que materialmente no ingresan en el concepto de operación financiera; sin embargo, dado que son habitual y profesionalmente realizadas por los bancos, la costumbre las reconoce como operaciones bancarias, por tratarse de transacciones vinculadas o conexas con operaciones financieras o haber nacido como consecuencia del aprovechamiento de la especial infraestructura de custodia y de comunicaciones con que normalmente cuentan los establecimientos de crédito.

Tal es lo que ocurre por ejemplo en los contratos de custodia de valores específicos, donde se aplican las normas del depósito común o regular, que no implica la adquisición de la propiedad por parte del depositario, sino solamente la mera tenencia y ni siquiera el uso.

Aunque se trate de un tema discutible, lo mismo ocurre, en mi concepto, con los mandatos y comisiones. Aún cuando tengan por objeto recursos financieros, los mismos no constituyen títulos hábiles para la adquisición del dominio, por lo que el banco es mero tenedor de los mismos.

Por último, puede mencionarse como operación neutra el alquiler de cajas fuertes. Las normas establecidas al respecto en el código italiano del 42 son rescatables. El art. 1839 establece la responsabilidad del banco; los art. 1840 y 1841 dictan normas útiles en cuanto a la apertura del cofre, que entiendo deben ser mantenidas. Entiendo que existe una tendencia jurisprudencial a

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

admitir una responsabilidad agravada de los bancos en caso de incumplimiento (Sentencia de la Corte de Casación italiana 05.04.2005, n. 7081, que ha entendido aplicables las normas sobre obligaciones de resultado, imponiendo al Banco la prueba de la causa extraña). También existe un problema específico de la prueba del daño que ha sido recibida con amplitud por la jurisprudencia. El proyecto de código debería tomar partido en estos conflictos de intereses entre el banco y el cliente.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. CARLOS DE CORES HELGUERA
Professor Titular de la "Universidad Católica" del Uruguay

LOS SERVICIOS DE PAGO ELECTRÓNICO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS

I. INTRODUCCIÓN

En la oportunidad en que la Academia de Iusprivatistas Europeos se propuso elaborar un proyecto de código europeo de contratos, se tomó la decisión de considerar como modelo o *tableau de marche*, el código civil italiano de 1942.

En materia de contratos bancarios, el código referido fue pionero en su época, al incorporar la disciplina de numerosos modelos contractuales relativos a la actividad bancaria de arraigada tipicidad social, la cual mantiene su vigencia y a mi entender debería ser reproducida en el proyecto de código europeo de contratos.

Sin embargo, en los últimos años, los servicios financieros, y en particular, los servicios de pago se han visto fuertemente impactados por el desarrollo de las nuevas tecnologías, [1] de un modo que los codificadorse de 1942 no hubieran podido lisa y llanamente concebir.

En nuestra vida cotidiana de estos últimos años, asistimos a la progresiva sustitución de los pagos mediante la entrega de dinero en efectivo o de cheques, por procedimientos que permiten la satisfacción de los respectivos créditos dinerarios utilizando mecanismos electrónicos. Entre estas diversas nuevas formas de pago, la más evolucionada es la que involucra el denominado "dinero electrónico". Todo ello ha determinado una vertiginosa transformación de la actividad bancaria, cambiando no sólo las

[1] Por ejemplo, la segunda Directiva europea 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, refiere expresamente, junto con otros servicios financieros, a las "operaciones de pago" y a la "emisión y gestión de medios de pago (tarjetas de crédito, cheques de viaje, cartas de crédito)."

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

posibilidades de interacción de los bancos con la clientela, sino generando una cultura de comunicación esencialmente distinta [2] de la que existía cuando los legisladores Italianos de 1942 regularon los contratos bancarios.

Por otra parte, desde el momento en que quien en principio tiene a su cargo la prestación dineraria es el consumidor - siendo la denominada prestación característica de cargo del proveedor - [3] se comprende cómo la cuestión de los pagos, sobre todo de los pagos de bajo valor, constituye un capítulo central del derecho actual de las relaciones de consumo.

Dado que el uso de los medios de pago electrónicos implica un servicio de naturaleza bancaria o financiera, ello necesariamente redunda en un aumento de las interacciones de los consumidores con el sistema financiero; esto es, en la bancarización de la población.

Hemos sostenido[4] que el desarrollo que en nuestro tiempo presenta el derecho de las relaciones de consumo, determina la emersión de un nuevo derecho humano fundamental - derivado de los derechos de primera generación, como el de libertad y el de seguridad, y de los derechos de segunda generación, esto es, los derechos económicos y sociales - que tiene por objeto específico el acceso de los consumidores a los instrumentos y mercados financieros. Si es propio de los derechos económicos y sociales el postulado de que la libertad y la seguridad no pueden concebirse en abstracto, sino en concreta vinculación con la satisfacción de las necesidades económicas y sociales del hombre en sociedad, el acceso concreto al dinero y las condiciones en que se gestiona el mismo no puede resultar ajeno a la reflexión jurídica, porque es el medio concreto por el cual las personas acceden a la base material de una vida digna. En ese sentido, la conquista de elevados niveles de inclusión financiera no tiene por qué no figurar entre los contenidos de la justicia social, junto con la seguridad alimentaria, la vivienda digna, la alfabetización y la educación, la salud, o el trabajo. El derecho a la inclusión financiera ha dejado de ser concebible sólo respecto de unos pocos; ha pasado ya a integrar el elenco de los

[2] RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios*, Legis, Bogotá, 2009, p. 189.

[3] ROPPO, "Prospettive del diritto contrattuale europeo. Del contratto del consumatore al contratto assimetrico?" en *Corriere Giuridico*, 2/2009, p. 272.

[4] de CORES, *Introducción al derecho de los servicios financieros,* La Ley Uruguay, Montevideo, 2009, Prólogo.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Derechos del Hombre y del Ciudadano en la época de la posmodernidad.

Existe claramente un proceso europeo tendiente a dar una mayor organicidad al Derecho de las Relaciones de Consumo.

Paralelamente, en los derechos nacionales, tal vez como consecuencia de la mentalidad racional y sistemática que caracteriza el pensamiento jurídico a partir de la modernidad, el desarrollo de un cuerpo de normas sobre el consumidor, y especialmente sobre los contratos con los consumidores, va apuntando a la aparición de la idea de *contrato de consumo en general*. Por ejemplo en Italia, anteriormente, el Código Civil de 1942 trataba el problema del contrato asimétrico en los artículos 1341, 1342, 1370. Luego, producida la sanción de la Directiva 93/13/CEE y su recepción en Italia, se incorpora la disciplina de las cláusulas abusivas en el artículo 1469-bis a sexies del Código Civil. Y finalmente resulta aprobado el Código del Consumo (D. L. 206/2005), donde se habla expresamente del "contrato de consumo en general". Así, el código de consumo italiano intenta una sistematización del Derecho de los Contratos, en el marco de la teoría del contrato en general.

Considero que la tendencia a la generalización y la abstracción del Derecho del Consumidor es claramente perceptible, en el derecho italiano y en diversos textos normativos, como el Código Civil alemán, en su reforma del 2001, y el "Texto refundido" español de 2007.

El Derecho de las Relaciones de Consumo se ha ido decantando; pasa de constituir una mera legislación sectorial a tener pretensiones de generalidad: las leyes de relaciones de consumo se van así convirtiendo en códigos del consumidor, y ejemplos de ellos son el Code de la Consommation de Francia, el Codice del Consumo de Italia y el Texto Refundido de las leyes de consumidores y usuarios de España, así como el Código de Defesa do Consumidor de Brasil.

En función de las consideraciones precedentes, resulta pertinente considerar la inclusión en el proyecto de código europeo de contratos de una disciplina de los medios de pago electrónicos y su lugar natural es en sede de regulación de los contratos bancarios.

El objeto del presente artículo es contribuir con algunas reflexiones que puedan ser de interés o servir de inspiración para quienes tienen a su cargo la grave responsabilidad de redactar los artículos del proyecto.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

II. LOS SISTEMAS DE PAGOS

Todas las economías civilizadas se fundan en el dinero y en el fluido funcionamiento de la cadena de pagos.

Entre los aspectos implicados, se encuentra el desafío de regular jurídicamente el mercado de servicios vinculados con los medios de pago para asegurar su competitividad, propendiendo a la incorporación de nuevas entidades prestadoras de los servicios de pago y promoviendo condiciones más eficientes para beneficio de los consumidores.[5] Esta es la finalidad de las normas cuyo estudio enfocamos, que muchas veces se orientan en el sentido de la *soft law*, descansando más que nada en códigos de conducta que los propios operadores acostumbran imponerse a sí mismos bajo apercibimiento de perder cuotas de mercado. [6]

Se ha dicho que es posible comparar el sistema de pagos con una pirámide ordenada por planos, en los cuales, partiendo de abajo, se encuentran las transacciones subyacentes en las cuales se originan las obligaciones pecuniarias, más arriba los entes habilitados a emitir moneda escritural con las cuales las mismas son regularmente pagadas, luego los sistemas de pago en los cuales están implicadas las transacciones a extinguir, y, en la cúspide, el banco central emisor de la moneda final de pago. [7] Esta pirámide ha sido profundamente alterada en todos sus niveles por las transformaciones ocurridas a partir de la revolución de los medios de pago electrónicos.

En el mercado de servicios de pago pueden definirse dos ámbitos específicos: el de los grandes pagos (sistema "TARGET" en Europa, "Fedwire" en USA o "Large Value Transfer System" en Canadá) y el de los pequeños pagos o micropagos, [8] donde ocupa un lugar importante la cuestión de los medios de pago y del dinero

[5] Puede comprobarse cómo estos objetivos se encuentra presentes en la exposición de motivos de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, del Reino de España.

[6] Para el caso canadiense v. LACOURSIERE, "Rapport du groupe de travail sur l'examen du système de paiement - paiements de consommation", en *Canadian Business Law Journal*, 2012, vol 53, p. 200.

[7] MANCINI - PERASSI (a.c.), "Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni", en *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, Banca d'Italia n. 6, dic. 2008, p. 3.

[8] Según el decreto legislativo italiano de 27 de enero 2010, n. 11, en trasposición de la Directiva 2007/64/CE, relativa a los servicios de pago en el mercado europeo, el límite de estos instrumentos de pago fue elevado de 150 a 500 euros.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

electrónico, a la que nos dedicaremos específicamente en este trabajo. [9]

III. EL CONCEPTO DE DINERO

Es menester comenzar por tener una idea de qué es el dinero. Si es verdad el común proloquio "el tiempo es dinero", y se acepta, siguiendo a San Agustín, que el tiempo es algo que nadie puede definir con precisión, pero todo el mundo sabe lo que es, se puede concluir, por la transitiva, que la definición del dinero es difícil, pero existe consenso sobre sus funciones principales.

Los autores de la ciencia económica han sostenido inveteradamente que el dinero cumple tres funciones: unidad de cuenta, medio de cambio y depósito de valor.

Ya decía Aristóteles:

> Es preciso que haya una apreciación general de las cosas porque sólo así el cambio es posible. Y si el cambio tiene lugar, en este mismo hecho hay ya asociación y comercio. La moneda, como viene a ser una medida general que permite valorar todas las cosas, las unas con relación a las otras, lo iguala todo. Y así, sin cambios no hay comercio ni sociedad; sin igualdad, no hay cambios; y sin una medida común, no hay igualdad posible. … Es preciso que haya una unidad de medida, pero esta unidad es arbitraria y convencional; se la llama moneda, (*numisma* – νόμισμα – que deriva de *nomos* – νόμος -); que tiene en griego ese sentido etimológico, y todo lo hace conmensurable; porque todo, sin excepción, se valora por medio de la moneda. [10]

En la actualidad, no hay texto de economía que no reproduzca estas ideas. [11]

---

[9] Una experiencia que es interesante tener en cuenta especialmente es la europea, que se desarrolla a partir de la creación de la SEPA (Single Euro Payment Area). La SEPA se basa en la adopción de la Directiva sobre Servicios de Pago 2007/64/CE, la que se complementa con el nuevo sistema de operación de pagos de gran importe en tiempo real adoptado por el Banco Central Europeo (sistemas Target y Target 2) y con el Libro del Consejo Europeo de Pagos relativo a las tarjetas de pago y a los nuevos esquemas de transferencia de crédito y de débito directo.

[10] ARISTÓTELES, *Moral, a Nicomaco*, Espasa-Calpe Argentina S.A., Buenos Aires, 1942, p. 153-154.

[11] Ver por todos CASE-FAIR, *Fundamentos de economía*, Prentice Hall Latinoamericana, México, 1972, p. 726 y ss. En el Uruguay, *Economía para no*

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Desde el punto de vista jurídico, también puede decirse que el dinero tiene una triple función: es una medida de valor, que cumple su función de unidad monetaria; en ese sentido, es una unidad ideal de cuenta definida por un nombre (peso, real, dólar, euro), que sirve como referencia dentro de determinado sistema monetario. Pero esa unidad ideal - para servir como depósito de valor, es decir, para poder ser atesorado; y para insertarse en el comercio jurídico, sirviendo como medio de cambio - debe poder ser materializado en soportes que puedan ser entregados y recibidos. Estos soportes son los billetes de banco, las monedas, y la moneda escritural. [12]

Por eso dice Nussbaum que la esencia del dinero queda determinada por la singular representación jurídica de la unidad ideal en una cosa. [13]

Es importante visualizar en forma panorámica la evolución histórica del dinero y de los medios de pago, constituyendo el dinero electrónico el estado más avanzado de esa evolución.

IV. LA HISTORIA DEL DINERO

La calificación del dinero electrónico como moneda de cuarta generación es corriente en doctrina.[14] Ello hace imprescindible considerar – aunque sea muy brevemente – la historia del dinero y su evolución, dado que ella proporciona el contexto en el cual emergerá el dinero electrónico, en el contexto de los medios de pago electrónico posibles.

Al parecer, los pagos usando moneda datan de aproximadamente 2200 años antes de Cristo. [15]

---

economistas, versión en PDF, Departamento de Economía, Facultad de Ciencias Sociales, Montevideo, 2003, cap. 8 p. 173 y ss.

[12] LANSKOY, "La nature juridique de la monnaie électronique", en *Bulletin de la Banque de France*, n. 70, octubre de 1999, p. 45 y ss.

[13] NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero,* Biblioteca de la "Revista de Derecho Privado" – Serie B – Vol. IX, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1929, p. 33.

[14] PACILEO, "L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie in materia di e-money", en SICA-STANZIONE-ZENO ZENCOVICH (a.c.), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, 2005, p. 191; siguiendo ideas de SPADA, "Carte di credito: "terza generazione" dei mezzi di pagamento", en *Rivista Diritto civ*ile, 1976, I, p. 490.

[15] EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual currency schemes,* octubre de 2012, p. 9.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

En una primera etapa, se parte del uso de bienes escasos con valor intrínseco, de los cuales constituyen paradigma los metales preciosos. De allí se llega, en estadio rudimentario, a la acuñación de moneda, que en una primera etapa opera como simplemente como una garantía de que el volumen y la aleación del metal precioso en cuestión es la correcta. Denominamos a este primer estado el de la moneda metálica o moneda-mercancía, y constituye la primera generación del dinero.

Como resultado de un largo y complejo proceso que hunde sus raíces en la Edad Media, se observa la aparición del papel moneda (billete). El papel moneda no tiene – como sí lo tenía la moneda metálica - valor intrínseco; por lo cual se lo califica como moneda fiduciaria (fiducia es sinónimo de confianza), y representa una segunda generación del dinero. La moneda fiduciaria implica la aparición de un objeto que no tiene valor en sí mismo, pero es aceptado a cambio de bienes que sí lo tienen porque hay una entidad que lo respalda y en la cual el receptor confía. Esta entidad –inicialmente los orfebres, luego los banqueros privados y por último el Estado - da la garantía de entregar el valor facial o nominal de los billetes en bienes de valor intrínseco – generalmente metales preciosos - si el tenedor lo exige. He aquí pues una característica esencial de los instrumentos financieros: no tienen valor intrínseco, representando en general un título de crédito al reembolso de metales preciosos. Sin embargo, funcionan de modo tal que a cambio de ellos, los agentes económicos están dispuestos a desprenderse de bienes valiosos de la economía real, y se caracterizan porque se concibe que esos instrumentos sin valor intrínseco representan sin embargo el derecho a exigir la entrega de un valor metálico, por lo que se los denomina "convertibles". [16]

Este proceso se desarrolla alcanzándose la tercera generación, donde tienen lugar dos fenómenos.

Por una parte, el Estado, que sustituye a los bancos comerciales como emisor de billetes, dispone el cese de la reembolsabilidad o convertibilidad de los billetes en metales preciosos. Las modernas economías se basan en dinero "*fiat*", que no es convertible. [17] Si bien en un principio la moneda fiduciaria

[16] Puede verse este proceso con detalle en CASE-FAIR, *Fundamentos de Economía*, Prentice Hall Hispanoamericana, Edición en español, México, 1992, p. 726 y ss.

[17] EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual currency schemes,* Octubre de 2012, p. 9.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

podía calificarse como un título de crédito, con la inconvertibilidad pasa a ser considerada un bien mueble. [18] Sin embargo, subyace la condición de crédito.

En esta tercera generación, el agregado monetario estará compuesto, en primer lugar, por el dinero creado primariamente por la Autoridad Monetaria, constituida por el conjunto de los billetes emitidos por el Estado, carentes de valor intrínseco y no convertibles en metal, pero dotados por el ordenamiento jurídico de curso legal, es decir, de poder cancelatorio frente a toda obligación dineraria, y por los encajes de los bancos comerciales en el Banco Central.

Por otra parte, se desarrolla, en esta tercera generación, la moneda escritural, que supone una creación de dinero que se denomina secundaria, y se explica de la siguiente forma.

Los bancos comerciales, que reciben recursos financieros del público por la vía de depósitos bancarios irregulares, asumen la actividad de prestamistas. Como la cadencia de retiros es mucho menor al total del dinero depositado, los Bancos se abocan a prestar, para lograr una ganancia. Mediante el préstamo, el Banco pone a disposición del prestatario los fondos que pertenecen a los depositantes. En consecuencia, el cliente prestatario pasa a ser también depositante, y puede disponer de la suma depositada, lo que puede hacer no retirando el dinero, sino emitiendo a su vez letras de cambio u órdenes de pago (cheques) a favor de terceros. Obsérvese pues que en virtud de un solo depósito, dos sujetos (el depositante inicial, y luego el prestatario, que al disponer de los fondos que el banco le presta, es también considerado depositante) pueden librar órdenes de pago (cheques) contra el banco. O sea que el banco, por este mecanismo realiza una multiplicación monetaria (multiplicador bancario), lo cual significa que la moneda fiduciaria puede resultar multiplicada en una economía a través de la moneda escritural.

Se le llama "moneda escritural" porque deriva de escrituraciones contables por las que se deja constancia en los respectivos asientos de los depósitos (créditos) y de los retiros (débitos) mediante cheques emitidos contra las cuentas corrientes, que constituyen medios de pago similares al dinero, operativa en la que cumple un rol fundamental el mecanismo jurídico de la

[18] LANSKOY, "La nature juridique de la monnaie électronique", en *Bulletin de la Banque de France,* n. 70, octubre de 1999, p. 45 y ss.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

compensación entre los distintos Bancos (el pagador emite un cheque contra su Banco y lo entrega en pago al acreedor, éste lo deposita en su propio Banco, el Banco del acreedor ingresa el cheque en el sistema interbancario de liquidación y compensación de pagos y finalmente el importe es acreditado en la cuenta bancaria del acreedor, con lo que se consuma el pago).

Ahora bien: el Estado - que como vimos maneja y es responsable de la moneda fiduciaria - no puede permitir que se desborden los medios de pago en una economía y por lo tanto toma intervención y reduce la posibilidad de los Bancos de prestar indefinidamente mediante el establecimiento de la reserva o encaje bancario. El encaje consiste en la imposición a los Bancos de mantener una parte de los depósitos sin prestar, por lo que esa porción queda imposibilitada de volver a circular. Este encaje no es total, sino fraccionario, y el factor del multiplicador monetario será inversamente proporcional a la entidad de dicho encaje.

Como se verá, la creación del dinero electrónico presenta una diferencia esencial con la creación del dinero escritural, pues – salvo aspectos marginales – implica un encaje total, y no fraccionario, razón por la cual la doctrina habla de "subrogado" del dinero en efectivo. [19]

En consecuencia, en esta tercera generación - que es la inmediatamente anterior al surgimiento de la moneda electrónica, llamada de cuarta generación - el dinero existente en una economía deriva de la creación primaria de dinero por parte de la Autoridad Monetaria, sumado al producto de la creación secundaria, que deriva de la actividad de los bancos comerciales, acotada por la imposición de encaje fraccionario.

Hecha esta introducción, podemos ingresar en la denominada cuarta generación del dinero, que corresponderá a la moneda electrónica.

V. LA DISTINCIÓN ENTRE MEDIO DE PAGO ELECTRÓNICO Y DINERO ELECTRÓNICO

Es evidente que el fenómeno del dinero electrónico guarda estrecha relación con la cuestión de los medios de pago electrónicos. Sin embargo, para ser cabalmente comprendidos, ambos conceptos deben ser cuidadosamente deslindados.

[19] TROIANO, "Gli istituti di moneta elettronica", en *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Banca d'Italia, Numero 53, julio 2001, p. 13.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Lo que denominamos dinero electrónico no es más que uno de los distintos medios de pago electrónicos. Pero los medios de pago no tienen una naturaleza jurídica uniforme: basta mencionar el dinero en efectivo, los cheques, los giros y transferencias, las tarjetas de crédito y débito, etc., todos instrumentos que presentan entre sí notorias diferencias. [20]

La moneda electrónica representa únicamente la forma más evolucionada y más reciente de los medios de pago electrónicos, [21] constituyendo una especie respecto del género.

VI. LOS MEDIOS DE PAGO ELECTRÓNICOS

Para avanzar en la comprensión del fenómeno, es necesario considerar que "medio de pago" es todo proceso tendiente a pagar, es decir, a producir la extinción de una obligación, que en este contexto, es exclusivamente una obligación dineraria.

Con su habitual claridad, Bessone refiere al tema como "el universo de los numerosos medios de pago que sustituyen a la entrega de dinero". [22] De modo que el "medio de pago" no es "el dinero", sino "la entrega" (física) de dinero, y es esa entrega lo que constituye uno de los medios de pago posibles. Los demás medios de pago de dinero tienen por objeto último el dinero, pero el procedimiento del pago es distinto de la entrega física de billetes o monedas.

Aunque en apariencia la entrega física de dinero constituye un acto muy simple, instantáneo, en realidad es susceptible de una consideración analítica que revela una cierta complejidad.

Según la doctrina que aceptamos, el pago, en cualquiera de sus modalidades, constituye un negocio jurídico, lo que ya de por sí implica una pluralidad de elementos; pero además se señala la existencia de elementos específicos del pago: a) su carácter real (o "material" o "efectual"), consistente en que el pago no se agota normalmente en una mera declaración, sino que ésta debe ir acompañada por un comportamiento (actuación del contenido de la

[20] LANSKOY, "La nature juridique de la monnaie électronique", en Bulletin de la Banque de France, No. 70, octubre de 1999, p. 45 y ss.

[21] PISANU, Maria Isabella, *La moneta elettronica,* Tesis de doctorado, Università degli Studi di Sassari, Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi, año 2006-2007, p. 70.

[22] BESSONE, Mario, "Tecnologia informatica e nuovi mezzi di pagamento. La moneta elettronica", en *Diritto e Diritti*, noviembre de 2003, publicado en Internet.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

obligación), que modifica la realidad; y b) la necesaria satisfacción del interés del acreedor, que constituye la finalidad última de la obligación contraída y sin cuya obtención no existe técnicamente "cumplimiento".[23] De modo que el perfeccionamiento del cumplimiento, como negocio jurídico, tendrá lugar solamente cuando se configuren todos los elementos: aquellos propios de su condición negocial (causa, declaración de voluntad y objeto); ejecución de la prestación y satisfacción del interés del acreedor. [24]

Todo ello es aplicable a la entrega física de dinero en efectivo.

Los medios de pago sustitutivos de esa entrega, resultan aún más complejos. Ello implica reconocer que esos procesos tienen un comienzo, un desarrollo y un fin, y que el pago llega a tener efecto cancelatorio solamente con el perfeccionamiento del procedimiento. Por ejemplo: se dice que el cheque es un medio de pago, y ello implica que el deudor entrega al acreedor un cheque con el propósito de extinguir una obligación dineraria; pero el efecto cancelatorio no se producirá hasta que el mismo llegue a buen fin, es decir, hasta que el complejo proceso de depósito, cobranza y compensación del cheque desemboque en el crédito final e irrevocable de la suma pagada en la cuenta bancaria del receptor del cheque.

Lo mismo ocurre en el caso de los giros o transferencias de fondos en los que no se utiliza el cheque, que implican una comunicación por la cual se trasmite una orden de pago de un ordenante a un beneficiario, pasando por uno o varios Bancos que operan sustancialmente como mandatarios. [25]

El artículo L133-3 del Code Monétaire et Financier francés define a la operación de pago como una acción consistente en entregar, transferir o retirar fondos, independientemente de toda operación subyacente entre el pagador y el beneficiario, ordenada por el pagador o el beneficiario. En el primer caso, se tratará de una transferencia de crédito; en el segundo, de una transferencia de débito.

---

[23] V. BERDAGUER, Jaime, *Fundamentos del Derecho Civil,* Primera parte, La Obligación, t. II, Cumplimiento. Liberación coactiva del deudor, FCU, Montevideo, 2000, p. 62.

[24] BERDAGUER, Jaime, *op. cit.*, p. 70.

[25] En el capítulo VIII *infra* se analiza con más detalle el momento exacto en que opera jurídicamente el efecto solutorio.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Según la ley italiana, el consentimiento del pagador es un elemento necesario para la ejecución de una operación de pago, y dicho consentimiento es prestado de acuerdo con el procedimiento establecido convencionalmente. La autorización puede ser dada antes, o después de la operación de pago, cuando así está concordado entre el pagador y el prestador del servicio,[26] y por eso se habla de transferencias de crédito y de débito.

La cuestión de las transferencias de fondos data de muchísimos años atrás y no es la cuestión que nos ocupa. Pero nos permite visualizar claramente que se trata de un mecanismo, que implica una comunicación por la cual se trasmite una orden de pago de un ordenante a un beneficiario, pasando por uno o varios Bancos que operan sustancialmente como mandatarios.

El hecho de que la transferencia de fondos o el proceso de pago vayan acompañados por infraestructura electrónica es accesorio y no es novedad. En el siglo XVIII no había comunicaciones electrónicas: el proceso implicaba un ir y venir de conserjes llevando portafolios entre los bancos y las cámaras compensadoras; pero ya en 1866 se instaló un cable submarino entre Terranova (Canadá) e Irlanda, lo que posibilitó que las transferencias de fondos entre Londres y Nueva York operasen apoyadas por mecanismos eléctricos de comunicación. [27] En época más reciente, la cuestión ya se encuentra planteada en sumo detalle en la guía jurídica para las transferencias electrónicas de fondos de la CNUDMI, de 1987.

En suma, los medios de pago electrónicos son simplemente procedimientos de pago caracterizados por el uso predominante de mecanismos electrónicos. [28]

---

[26] Decreto legislativo de 27 de enero 2010, n. 11, trasposición de la Directiva 2007/64/CE, relativa a los servicios de pago en el mercado interno, art. 5.

[27] LACOURSIÈRE, Marc, "Analyse de la trajectoire historique de la monnaie électronique", en *Les Cahiers de Droit,* vol. 48, no 3, septembre 2007, p. 428.

[28] Decimos uso predominante porque en los procedimientos tradicionales de pago escritural (como es el caso del cheque), partes importantes del proceso se fueron progresivamente realizando por vías electrónicas, como es el caso de los mecanismos de compensación electrónica o truncamiento de los cheques, o la trasmisión de sus imágenes por vía electrónica; lo cual, en mi concepto, no convierte a dichos mecanismos en medios de pago electrónicos. Por otra parte, aún en los medios de pago electrónicos propiamente dichos existe siempre cierto componente no electrónico.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

VII. EL DINERO ELECTRÓNICO

VII. 1. La definición operativa

El dinero electrónico constituye uno de los medios de pago sustitutivos de la entrega de dinero en efectivo.

La operativa que subyace al dinero electrónico implica necesariamente la presencia de tres sujetos:

a. El emisor del instrumento de dinero electrónico (*issuer*)
b. El titular del instrumento o pagador (*payor*)
c. El tercero acreedor que recibe el pago (*payee*)

El mecanismo de funcionamiento de la moneda electrónica en general es el siguiente:

a. El titular del instrumento de moneda electrónica "carga" el mismo ya sea por medio de una transferencia de una cuenta bancaria, o bien mediante la entrega al instituto emisor de dinero en efectivo, en un punto de venta habilitado, o bien mediante cualquier otro medio puesto a su disposición por el instituto emisor.
b. El titular del instrumento "gasta" la moneda electrónica ante los comercios y/o circuitos adheridos, o bien la transfiere a terceros, en ambos casos sólo en los límites del saldo disponible en el propio instrumento. Los comercios adheridos están munidos de un *hardware* y *software* apropiados (POS, acrónimo del inglés "*point of sale*"), que es capaz de leer la disponibilidad de fondos sobre el instrumento y detraer la suma debida. Ello es comunicado al instituto emisor para obtener el pago ya sea en efectivo o por vía de acreditación en cuenta bancaria, previa retención de una comisión.
c. Siempre se puede pedir el saldo y los movimientos del instrumento por vía telemática.
d. El reembolso del saldo del instrumento puede ser obtenido en todo momento, pagando los eventuales gastos según el contrato de emisión. El reembolso debe ser al valor nominal en dinero en efectivo o mediante acreditación en cuenta bancaria. [29]

VII. 2. Las fuentes

Existe una definición de dinero electónico en un documento

[29] MITE, Francesca, *La moneta elettronica. Parte Prima,* Universidad Telematica Pegaso, 2013, disponible en Internet, p. 6.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

del Banco de Pagos Internacionales de octubre de 2004. En el mismo, se conceptualiza al dinero electrónico como un valor almacenado o producto prepagado (*stored value or prepaid product*), que implica el almacenamiento de un registro de fondos o valores, que queda disponible para uso múltiple, en un instrumento electrónico (*electronic device*), que permanece en posesión del consumidor. La carga del valor es similar a un retiro de dinero de un cajero automático, y el producto puede ser usado mediante una transferencia del valor al instrumento electrónico (*electronic device*) del comerciante. [30]

El informe del Banco de Pagos Internacionales se nutre a su vez de la Directiva europea 2000/46/CE sobre supervisión de instituciones emisoras de dinero electrónico que se prepara a fines del siglo XX y se concreta el 18 de setiembre de 2000, en la que se llega a una disciplina completa y orgánica de la moneda electrónica. En el art. 1 se la define como un valor monetario representado por un crédito frente al emisor que: a) esté memorizado en un dispositivo electrónico; b) sea emitido contra recepción de fondos cuyo valor no sea inferior al valor monetario emitido; c) sea aceptado como medio de pago por empresas diversas del emisor.

Posteriormente, la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, define al "dinero electrónico" como todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que representa un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago, y es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico.

VII. 3. Los elementos esenciales

Con estos antecedentes es posible encarar una construcción más rigurosa del concepto de dinero electrónico. Teniendo presente que el dinero electrónico constituye uno de los procedimientos de pago sustitutivos de la entrega de dinero en efectivo, analicemos sus elementos esenciales.

[30] " … *a stored value or prepaid product in which a record of the funds or value available to the consumer for multipurpose use is stored on an electronic device in the consumer's possession.*" Bank of International Settlements, Committee on Payment and Settlement Systems, *Survey of developments in electronic money and Internet and Mobile Payments*, Marzo de 2004, p. 2.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

a. Convertibilidad

En esa línea, aparece como elemento fundamental, en primer lugar, la convertibilidad.

Los literales C, D y E del art. 2 de la ley 19.210 exigen que la emisión se haga por el valor nominal de los fondos; que sea convertible, y que no genere intereses. En efecto, la disciplina, tanto del dinero electrónico, como de las instituciones emisoras de dinero electrónico, procurará alejar la operativa de emisión de dinero electrónico de la captación de ahorro público, que permite a los bancos utilizar por cuenta propia los fondos recibidos en actividades de crédito.

Como veremos, una característica esencial del dinero electrónico es que, una vez almacenados los fondos en el dispositivo electrónico, los mismos, aún cuando todavía se encuentran en poder de la institución emisora, quedan indisponibles y afectados a los pagos correspondientes al dispositivo electrónico elegido, constituyendo un patrimonio de características fiduciarias.

Ello permite alejar la especie del concepto de depósito bancario irregular, y acercarla al depósito regular de fondos o depósito en custodia; aunque el supuesto difiere del previsto en el código civil y de comercio, tiene en común con ellos que la propiedad de los bienes depositados no pasa al depositario, como sí ocurre en el depósito bancario irregular, [31] ya que los fondos son preservados en patrimonios de afectación distintos del propio del depositario.

Este carácter parece esencial en el derecho comparado. La regla del encaje total y de la plena reembolsabilidad constituye un principio fundamental de la disciplina comunitaria referente a la moneda electrónica. [32] Hablamos de un encaje total, no del encaje fraccionario que caracteriza la intermediación financiera. El dinero

[31] HUERTADESOTO, Jesús, "La teoría bancaria en la Escuela de Salamanca", publicada en Internet, quien se manifiesta contrario el encaje fraccionario por entender que vulnera la naturaleza del contrato de depósito. V. también *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos,* Unión editorial, Madrid, 1998.

[32] La regla sobre reembolsabilidad es considerada esencial en la perspectiva del Banco Central Europeo, para preservar la función de unidad de cuenta de la moneda, mantener la estabilidad de precios evitando la emisión incontrolada de moneda electrónica, así como para salvaguardad la posibilidad de control bancocentralista de las condiciones de liquidez y de las tasas de interés del mercado monetario. Opinión del banco Central Europeo, del 18 enero 1999, en Gaceta Oficial de las Comunidades Europeas, serie C 189/7, del 6.7.1999, punto n. 19.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

electrónico no es moneda escritural, y la actividad de emisión de dinero electrónico no es intermediación financiera, porque los fondos recibidos del público no son transferidos en propiedad al emisor, sino que quedan inmovilizados en un patrimonio de afectación respecto de los cuales el emisor tiene la responsabilidad de un fiduciario. [33]

Es el esquema de la billetera electrónica, que se basa en la idea del almacenamiento, por parte de un emisor, de unidades electrónicas en una tarjeta dotada de un chip o microprocesador, contra entrega por parte del portador de dinero en efectivo. Es una forma de "pre-pago". [34]

En el derecho italiano, los institutos que prestan servicios de pago deben constituir un patrimonio afectado a dicha actividad, adoptando una resolución social que debe contener la exacta descripción de los bienes y relaciones jurídicas destinados y de las modalidades según las cuales es posible disponer, integrar o sustituir elementos del patrimonio destinado, inscribiendo la resolución en los registros públicos de acuerdo con el art. 2436 cc y 2447 quater cc.[35]

b. Naturaleza crediticia

En segundo lugar, es propio de los instrumentos de dinero electrónico su naturaleza crediticia.

Por ello, en cuanto a la naturaleza jurídica del *e-money*, se ha afirmado que constituye un derecho de crédito exigible frente al emisor, en formato digital, que lleva la firma electrónica del instituto emisor y contiene una promesa incondicionada de pagar el valor nominal de la moneda. [36] La moneda electrónica no es sino un crédito que un sujeto (en principio, el titular original) tiene contra el instituto emisor, memorizado (*rectius*, incorporado) en un soporte magnético.

---

[33] El art. 5 de la ley 19.210 establece que los fondos recibidos por la institución emisora constituyen patrimonios de afectación independientes del patrimonio de la misma y en relación con los cuales ésta tendrá la responsabilidad de un fiduciario.

[34] LANSKOY, "La nature juridique de la monnaie électronique", en *Bulletin de la Banque de France*, No. 70, octubre de 1999, p. 45 y ss.

[35] Decreto legislativo del 27 de enero de 2010, n. 11, trasposición de la Directiva 2007/64/CE, relativa a los servicios de pago en el mercado interno, art. 114 terdecies.

[36] GUARRACINO, "Titolo di credito elettronico e documento informatico", en *Banca, borsa, tit.cred.*, 2001, I, p. 514 ss.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Es un bien incorporal, no porque se considere a los impulsos electrónicos como bienes incorporales, sino porque, mientras el instrumento de dinero electrónico existe, por el saldo correspondiente, configura un crédito contra la entidad emisora.

Ahora bien: aceptado que la naturaleza del dinero electrónico es crediticia, existen opiniones en el sentido de que se trata de un título de crédito, rodeado de diversas seguridades, pero que en definitiva esencialmente tiene naturaleza cartular. Se encontrarían presentes las características de los títulos valores, tales como la incorporación al título del derecho, que circula según las reglas de los títulos valores, como instrumento al portador, o sea, mediante la simple entrega del instrumento, si se trata de tarjetas, o de operaciones electrónicas sobre la base de la identificación criptográfica de los usuarios, si se trata de dinero almacenado en memoria de computadora. [37]

Sin embargo, son innegables las dificultades para parificar el dinero electrónico a los títulos valores.

El derecho a obtener el reembolso lo tiene solamente el titular que ha hecho el contrato con el instituto emisor. En efecto, el acreedor del titular que acepta como medio de pago la operación de transferencia de moneda electrónica contenida en el instrumento, no resultará, en principio, acreedor del instituto de emisión en virtud del instrumento de pago (*electronic device*) en posesión del consumidor, ya que el importe monetario es detraído del instrumento electrónico y acreditado en tiempo real en su haber de moneda escritural.

En el caso de la moneda electrónica, no hay circulación de un título de crédito en cuanto el pago coincide en tiempo real con la recepción por parte del acreedor y la liberación del deudor. Las unidades de valor pasan inmediatamente, en tiempo real, de la billetera electrónica del *solvens*, a una cuenta bancaria del *accipiens*.

Ahora bien: puede ocurrir – dependiendo de las opciones tecnológicas – que el registro de los fondos pase directamente de la billetera electrónica del *solvens* a una billetera electrónica del *accipiens*, y en este último caso éste resultará acreedor, pero en virtud de los derechos que le acuerda la posesión de su propia billetera electrónica según los eventuales acuerdos contractuales, y/o disposiciones legales o reglamentarias que disciplinen la

[37] LANSKOY, "La nature juridique de la monnaie électronique", en *Bulletin de la Banque de France*, No. 70, octubre de 1999, p. 45 y ss.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

intercomunicación entre los operadores y sus respectivas redes. Puede también ocurrir que el acreedor utilice inmediatamente las sumas para efectuar el pago frente a otro sujeto. [38]

En la medida en que el titular de un instrumento de moneda electrónica pida el reembolso, y el emisor cumpla, aquél volverá a ser titular o bien de dinero en efectivo en su posesión (bien mueble corporal), o bien de moneda escritural (derecho de crédito contra la institución de intermediación financiera).

Sin embargo, parece claro que el titular del instrumento de dinero electrónico, así como el acreedor que eventualmente recibe los impulsos electrónicos en su propio monedero electrónico, mientras no hagan efectivo el derecho de reembolso (mediante el cobro en efectivo o el traspaso a una cuenta bancaria), son acreedores de la entidad emisora de dinero electrónico.

Es por ello que no es inimaginable el concurso de la entidad emisora, aún cuando el mismo se revela improbable, ya que la misma sólo puede realizar la actividad de emisión de dinero electrónico y eventualmente servicios de pago, y debe mantener los fondos recibidos convertidos en dinero electrónico en un patrimonio de afectación independiente. Y ello dispara la necesidad de un atento control bancocentralista sobre la actividad de emisión de dinero electrónico, en protección del sistema financiero y de los consumidores. Las instituciones emisoras de dinero electrónico, sin bien no realizan intermediación financiera ni incurren en riesgo de crédito, se encuentran generalmente sometidas a requerimientos especiales de capitalización y prudente gestión.

Por último, es necesario concluir que, en tanto el dinero electrónico representa un derecho de crédito, está sujeto a la prescripción extintiva. Mientras no exista una norma especial, se impone la aplicación de las normas sobre prescripción. Se dirá que es poco probable que el titular del dinero electrónico demore 20 años en su reclamo, pero en los grandes números todo es posible.

No obstante, no parece lógico que, pasados los 20 años, la Institución emisora de dinero electrónico pueda apropiarse del dinero convertido en impulso electrónico rehusando legítimamente su reembolso. Parecería que lo adecuado sería dar al dinero

[38] PISANU, *La moneta elettronica,* Tesis de doctorado, Università degli Studi di Sassari, Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi, año 2006-2007, p. 128.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

electrónico el destino del Tesoro Nacional, frente a quien el titular podrá ejercer los derechos de que se considere asistido.

c. Aceptación por terceros

En tercer lugar, se requiere que el medio, es decir, el procedimiento de pago, sea aceptado por los terceros acreedores a quienes se efectúa el pago.

Se plantea la cuestión de si esa aceptación debe ser generalizada. Es aquí donde se distingue entre *multi purpose* y *single purpose cards*.

En la opinión más extendida, las "*single purpose cards*" no constituyen dinero electrónico. Más conocidas como tarjetas de fidelización, merecen ser señaladas en cuanto representan la primera forma de almacenamiento de un valor monetario en un carnet magnético y pueden considerarse por tanto como los antecesores de las actuales – y seguramente más evolucionadas – *Smart cards*. Hablamos de tarjetas prepagadas no recargables, utilizadas para la compra de un único bien o servicio (*single purpose*), y emitidas, a diferencia de las *multi-purpose smart cards,* no por Bancos o institutos de moneda electrónica, sino directamente por los mismos proveedores de bienes o servicios.

Representan formas de acuerdo bilateral mediante las cuales un deudor (consumidor) y un acreedor (proveedor), en el ámbito de un contrato cuyo objeto es la adquisición de bienes o servicios, acuerdan al deudor diferimiento en el pago, o anticipaciones en el mismo.

Entre ellos se encuentran por ejemplo, los pagos por tarjeta de servicios de transporte de pasajeros, que implican un prepago o un débito en la cuenta del ordenante y un crédito en la relativa cuenta del receptor. No se trata de moneda porque no tiene utilidad generalizada, sino que sirve únicamente para pagar aquellos bienes o servicios previamente acordados.

Por el contrario, las llamadas *multi-purpose smart cards* son tarjetas pre pagadas multiuso, que pueden usarse para la adquisición de una serie indefinida de bienes y servicios por parte de un número potencialmente ilimitado de sujetos. Son generalmente recargables. En este caso sí estamos indudablemente en presencia de dinero electrónico.

Para que nos encontremos en presencia del dinero electrónico, algunas normas europeas requieren una aceptación

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

generalizada. Tal es el caso de la norma italiana.[39] La ley española excluye también del ámbito de aplicación de la norma a aquel valor monetario almacenado en instrumentos específicos, diseñados para atender a necesidades concretas y cuyo uso esté limitado, bien porque el titular sólo pueda utilizarlo en los establecimientos del propio emisor o en una red limitada de proveedores de bienes o servicios, bien porque pueda adquirirse con él únicamente una gama limitada de bienes o servicios.[40]

d. Valor almacenado en un dispositivo electrónico

Por último, se requiere que el valor monetario sea almacenado en un dispositivo electrónico (*electronic device*). En su literal A, el art. 2 de la ley 19.210 establece que "el valor monetario es almacenado en medios electrónicos, tales como un chip en una tarjeta, un teléfono móvil, un disco duro de una computadora o un servidor".

Estos dispositivos son fundamentalmente de dos tipos. Las tarjetas prepagas que cuentan con un chip ("*electronic purses"* o "*smart cards*") y productos de *software* prepago que se usan en redes de computadoras (*digital cash*). [41]

En general puede decirse que el sistema de moneda electrónica se articula según dos esquemas tipológicos: "*card based"*, y "*software based"*.[42]

d.1 Sistemas "*card based"*

Hablamos de la tarjeta prepagada o billetera electrónica. Es una tarjeta plástica dotada de un chip o microcircuito en el que es memorizado el importe de dinero que puede ser usado en los comercios adheridos sin necesidad de conexión on line. El importe de dinero es "almacenado" en forma de impulsos electrónicos. Existen versiones recargables y otras descartables.

d.2 Sistemas *software based*

Estos sistemas no requieren el soporte material de una tarjeta. Se trata de formas de moneda electrónica también

[39] TROIANO, "Gli istituti di moneta elettronica", en *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Banca d'Italia, Numero 53, julio 2001, p. 12.

[40] Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, Exposición de Motivos.

[41] BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS, Committee on Payment and Settlement Systems, *Survey of developments in electronic money and Internet and Mobile Payments,* Marzo de 2004, p. 2.

[42] MITTE, *La moneta elettronica. Parte Prima,* Universidad Telematica Pegaso, 2013, disponible en Internet, p. 6 y 7.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

prepagadas, que almacenan los fondos en forma de impulsos electrónicos empleando *software* especializado instalado en el propio computador personal o en el teléfono celular, y permiten su transferencia en red, particularmente por vía de Internet, mediante el uso de dispositivos criptográficos, del mismo modo que si se tratase de billetes de banco electrónicos.

Se señala en el considerando 8 de la Directiva 2009/110/CE que la definición de dinero electrónico ha de extenderse al dinero electrónico tanto si está contenido en un dispositivo de pago en poder del titular del dinero electrónico o almacenado a distancia en un servidor y gestionado por el titular del dinero electrónico mediante una cuenta específica para el dinero electrónico. En ambos casos, está presente el carácter común de que existe una "carga" o "prepago", consistente en la transformación de dinero de curso legal, o, como se verá, de dinero escritural, en impulsos electrónicos. He aquí la idea central del dinero electrónico.

Sin embargo, la tecnología puede incorporar otros soportes. El proceso europeo comienza con una propuesta de directiva en 1998, y continúa con una opinión del Banco Central Europeo del 18 de enero de 1999, [43] de la que resulta que la norma no debería enfocar específicamente los medios técnicos, sino aludir al concepto esencial: el dinero electrónico representa un derecho de crédito (*claim*) contra el emisor (*issuer*) del dinero electrónico, que es pagable tanto en moneda de curso legal (*legal tender*) o escritural (*scriptural*); que es incorporado en un medio electrónico (*electronic device*) y es aceptado como instrumento de pago por empresas no vinculadas a la institución emisora.

En consonancia con la opinión referida, la Directiva Europea 2000/46/CE de 18 de setiembre de 2000 sobre dinero electrónico no prejuzga sobre las características del dispositivo electrónico utilizado por el emisor. La referencia a las tarjetas con *chip* o a la memoria de una computadora, como posibles

[43] EUROPEAN CENTRAL BANK - Opinion of the European Central Bank of 18 January 1999 at the request of the Council of the European Union under Article 105(4) of the Treaty establishing the European Community and Article 4(a) of the Statute of the European System of Central Banks and of the European Central Bank on 1. a Commission proposal for a European Parliament and Council Directive on the taking up, the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institutions, and 2. a Commission proposal for a European Parliament and Council Directive amending Directive 77/780/EEC on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

instrumentos de almacenamiento, no fueron incorporadas en el texto, sino en los considerando de la Directiva. Ello permite desvincular la definición relevante de moneda electrónica, de cualquier específica solución tecnológica, permitiendo también depurar la definición de expresiones técnicas difícilmente traducibles en términos jurídicos. [44] Por su parte, se señala en los considerandos de la Directiva 2009/110/CE que dicha definición de los medios técnicos ha de ser suficientemente amplia, de modo que no se obstaculice la innovación tecnológica y entren en ella no sólo todos los productos de dinero electrónico que existen actualmente en el mercado, sino también los productos que puedan desarrollarse en el futuro.

d.3 Los "*Mpayments*"

Por último, es necesario hacer referencia a los mecanismos de la comunicación por celular utilizados como medios de pago electrónico.

Según el Observatorio Mobile Payment & Commerce de la School of Management del Politécnico de Milán, los nuevos pagos digitales a fines de 2013 alcanzaron un valor de 15.000 millones de euros y se prevé que se triplicarán en los próximos tres años. Es en las áreas de trasporte y de pago de estacionamiento donde se visualiza el mayor crecimiento. En el 2013 creció más del 60 % el número de servicios de Mobile Remote Payment, utilizando el crédito telefónico para hacer pagos. Se está avanzando en los Mobile Proximity payments.

Todas estas nuevas modalidades se conocen con el nombre de "*Mpayments*". El servicio se encuentra disponible para el pago de facturas desde el celular, compras, recarga de saldo de servicios del propio celular, giros de dinero, compra estacionamiento tarifado, etc.

Sin embargo, por más sofisticado que sea el medio, no queda exento de ser analizado según las categorías precedentemente diseñadas.

En consecuencia, puede apreciarse que si bien es común refirir a los "*Mpayments*" como "dinero electrónico", en realidad, en principio, los servicios ofrecidos por la telefonía celular no constituyen emisión de dinero electrónico, porque no se verifica la operación de convertir fondos en efectivo o escriturales en impulsos

[44] V. TROIANO, "Gli istituti di moneta elettronica", en *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Banca d'Italia, Numero 53, julio 2001, p. 12.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

electrónicos incorporados a un instrumento electrónico con el fin de realizar pagos a terceros. Configurará simplemente un medio de pago electrónico, en tanto se limita a constituir un mecanismo de comunicación que permita trasmitir órdenes de pago contra dinero escritural del que es titular un ordenante, para que sea transferido a un beneficiario mediante un mecanismo de comunicación, concretándose en una orden de transferencia electrónica de fondos que se asimila a una transferencia de crédito, que implica un ordenante que toma la iniciativa y un beneficiario que recibe los fondos;[45] o bien un servicio de pagos por cuenta y orden del usuario del teléfono (operativa que, como se comprende, constituye una actividad financiera, en sí totalmente ajena al servicio de telefonía celular), de los cuales la empresa de telefonía celular se reembolsará debitando la suma pagada en la factura mensual del cliente, o mediante acuerdos de financiamiento preconstituidos con terceros, por ejemplo, instituciones bancarias.

Por cierto, la vertiginosa evolución tecnológica no descarta que los teléfonos celulares puedan ser utilizados como el soporte magnético (*electronic device*) al que hemos hecho referencia *supra* en el contexto de una actividad de emisión de dinero electrónico propiamente dicha. Pero la base conceptual de las relaciones jurídicas entre el banco y el cliente no ha cambiado en su aspecto sustancial. [46]

d.4 El dinero virtual

Distinto a todo lo que se ha descrito, es el denominado dinero virtual (*virtual currency*).

En los últimos años han proliferado las comunidades virtuales, un fenómeno acelerado por el desarrollo tecnológico y el uso creciente de Internet. En algunos casos, esas comunidades han creado y hacen circular su propia moneda. Los esquemas de dinero virtual difieren del dinero electrónico en cuanto no tiene una contraparte física con dinero de curso legal. No está regido por el derecho monetario, no está regulada ni supervisada por las autoridades bancocentralistas y constituye una actividad llevada a

[45] GEVA, "The Wireless Wire: Do M-Payments and UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers Match?", en *Banking & Finance Law Review*, 27, p. 250.

[46] RODRIGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios,* Legis, Bogotá, 2009, p. 191.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

cabo por actores privados que son los que fijan las reglas del juego. [47]

VII.4. Reflexión final sobre el dinero electrónico

El proceso de innovación tecnológica ha determinado, a nivel global, la emersión de una nueva tipología de medios de pago, caracterizados por la circunstancia de que la transferencia de dinero opera mediante modalidades electrónicas, bajo la forma de impulsos representativos del valor monetario trasmitido. Entre ellas entra el dinero electrónico (*e-money)*.

La moneda electrónica no implica una actividad de emisión monetaria por parte de la autoridad monetaria sobre base legal, sino más bien la conversión – sobre base convencional, esto es, de la relación contractual entre emisor y titular – de otras formas de moneda (física o escritural) en impulsos electrónicos. No representa la creación de nuevo dinero, sino un crédito contra el instituto emisor, reconocido al tenedor del instrumento de pago electrónico consistente en la reconversión o pago del importe equivalente al valor monetario emitido. [48]

Sin embargo, se puede postular una equiparación práctica entre moneda legal y moneda electrónica. En el Considerando n. 3 de la Directiva 2000/46/CE, la moneda electrónica es definida como un "subrogado electrónico de la moneda metálica o los billetes de banco",[49] y ello parece adecuado. En la época actual, caracterizada por la globalización y la innovación tecnológica, es de prever que el dinero digital desplace progresivamente el dinero físico en la función de medio de cambio para la circulación de la riqueza. [50]

[47] EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual currency schemes,* octubre de 2012, p. 5.

[48] PISANU, *La moneta elettronica,* Tesis de doctorado, Università degli Studi di Sassari, Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi, año 2006-2007, p. 73.

[49] TROIANO, Vincenzo, *Gli istituti di moneta elettronica*, en BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Numero 53, julio 2001, p. 13.

[50] MITTE, Francesca, *La moneta elettronica. Parte Prima,* Universidad Telematica Pegaso, 2013, disponible en Internet.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

VIII. EL PODER CANCELATORIO DE LOS MEDIOS DE PAGO ELECTRÓNICOS

VIII.1. Introducción

Desde el punto de vista del Derecho Civil, el centro de la problemática de los medios de pago es la cancelación de la deuda, que está relacionada con los modos de extinción de las obligaciones.

Ello supone tener presente las normas sustanciales sobre el pago, lo que presupone que existe pago. O sea que por más electrónico que sea **el medio** de pago, se requiere que el medio o procedimiento en que en sustancia consiste el medio de pago, haya llegado a **buen fin**.

VIII.2. Perfeccionamiento del procedimiento de pago

Con carácter general, como enseña Berdaguer, el pago de las deudas pecuniarias requiere siempre la producción de un desplazamiento patrimonial en virtud del cual el acreedor obtiene (es decir, se hace dueño de) una suma de dinero, mediante el negocio jurídico dispositivo (tradición) precedido de título hábil para transferir el dominio. Dicho desplazamiento sigue, con alguna excepción puntual, [51] las reglas generales, y se concreta normalmente en la entrega de las piezas monetarias pactadas. Existen no obstante ciertos sustitutivos que evitan la material utilización del dinero físico (aunque no lo reemplazan jurídicamente) con la particularidad de que, mientras que la entrega de dinero efectivo produce la extinción inmediata de la obligación, la entrega de los referidos sustitutivos sólo extingue la obligación cuando el ulterior desplazamiento de numerario se produce efectivamente. [52]

Ello ocurre cuando se acude al uso de instrumentos distintos de la entrega del dinero efectivo, por ejemplo, los cheques. En principio, la entrega de un cheque por el importe de una suma debida no extingue el crédito originario y el acreedor conserva los derechos y privilegios que tenía además de los que derivan del cheque recibido, salvo que se pruebe que hubo novación. En

[51] Así, establece el art. 1449 del codigo civil, que "cuando por el pago debe transferirse la propiedad de la cosa, es preciso para su validez que el que lo hace sea propietario de ella y tenga capacidad de enajenarla. Sin embargo, si el pago hecho por el que no sea propietario de la cosa o no tenga capacidad de enajenarla, consistiere en dinero u otra cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que lo haya consumido de buena fe".

[52] BERDAGUER, Jaime, *Fundamentos del Derecho Civil,* Primera parte, La Obligación, t. II, Cumplimiento. Liberación coactiva del deudor, FCU, Montevideo, 2000, p. 276.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

general, los títulos valores no tienen efecto solutorio, y que los mismos se presumen recibidos "salvo buen fin".

Sin embargo, para saber, con exactitud, cuándo se ha pagado o cancelado la obligación, es necesario analizar el *iter* del procedimiento de pago y verificar cuándo se ha alcanzado el momento final.

Ese momento culminante se produce cuando, una vez cumplido el proceso de depósito y cobranza del cheque, la cuenta corriente del receptor recibe el crédito correspondiente. Ello no significa, específicamente, que la suma de dinero de referencia haya ingresado en el patrimonio del receptor, porque la misma es aún propiedad del banco del receptor; pero el crédito en su cuenta corriente implica el aumento correlativo de su disponibilidad por el importe del crédito. En efecto, la cuenta corriente es un contrato por el cual un banco y su cliente disciplinan el uso de una disponibilidad monetaria, que jurídicamente pertenece al Banco, y económicamente, al cliente, de modo que éste ostenta la disponibilidad del dinero, porque puede girar contra los fondos depositados mediante el cheque.

En suma, el perfeccionamiento del pago ocurre con el crédito en la cuenta del receptor, que aumenta su disponibilidad monetaria ante su Banco de acuerdo con el respectivo contrato de cuenta corriente.

En los Estados Unidos, el artículo 6 del Código de Comercio Uniforme (UCC art. 6 – Bank deposits and collections), regula con precisión el momento del denominado "*final payment*": ello ocurre cuando se contabiliza el pago en la cuenta del destinatario en forma irrevocable, siguiendo el modelo de la transferencia de débito.

La "transferencia de débito", de la cual es ejemplo paradigmático el proceso de cobro de los cheques, implica que quien toma la iniciativa en el procedimiento es el beneficiario, que deposita el cheque, y el proceso se caracteriza por la existencia de créditos provisionales que quedan firmes si no son revocados en determinados tiempos establecidos por los reglamentos interbancarios de compensación.

Por el contrario, la "transferencia de crédito" consiste en una serie de operaciones que comienza con la orden de pago de un iniciador hechas con el propósito de poner fondos a disposición de un beneficiario. Hablamos típicamente de los giros y transferencias bancarias, en cuyo caso el pago se entiende verificado cuando los

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

fondos son acreditados irrevocablemente en la cuenta del beneficiario o son retirados por éste por otros procedimientos, quedando, en el interin, en calidad de cuentas de orden en el balance del banco receptor.

La disciplina de estos supuestos debe tener en cuenta la compleja infraestructura institucional que regula el proceso de pagos en el sistema de liquidación y compensación de pagos y valores referido ut supra.

Los pagos electrónicos se insertan en este marco institucional. La única novedad es que la tecnología informática permite, en el caso de los pagos electrónicos, que todo el proceso de liquidación y compensación se haga en tiempo real, lo que aumenta la seguridad de la transacción, porque el débito en la cuenta del ordenante y el crédito en la cuenta del beneficiario se realizan en el mismo momento.

Es determinante, para comprender la calificación de poder solutorio del medio de pago electrónico, el dato de que la operación de pago ocurre en tiempo real. Comienza y termina en un mismo instante, ya que cuanto el deudor inserta la orden en el circuito electrónico, la misma resulta contextualmente cumplida mediante la transferencia de disponibilidad monetaria de la cuenta del deudor a la del acreedor, del mismo modo que ocurre en el caso del pago en dinero en efectivo, donde inicio y fin coinciden en el momento mismo en el cual el deudor entrega las especies monetarias en manos del acreedor.

CONCLUSIÓN

Las radicales transformaciones del mundo actual provocadas por la revolución tecnológica afectan de modo central la contratación bancaria, y particularmente los servicios financieros de pagos al consumidor, determinando que un nuevo código de contratos tenga necesariamente que ocuparse del tema, que se encontraba ausente, como tal, en la *tabela de marcia* que los autores del proyecto de código europeo de contratos acostumbran tener en el código civil italiano de 1942.

Ello requiere una reconstrucción de la idea misma de dinero, y de los medios de pago, y de las transferencias de dinero, preservando el equilibrio entre la autonomía de la voluntad y la tutela de los consumidores.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES, *Moral, a Nicomaco*, Espasa-Calpe Argentina S.A., Buenos Aires, 1942.

BANCA CENTRALE EUROPEA, "Le problematiche connesse allosviluppo della moneta elettronica", en *Bollettino mensile della BCE*, Novembre 2000.

BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS, Committe on Payment and Settlement Systems, *Survey of developments in electronic money and Internet and Mobile Payments*, Marzo de 2004.

BERDAGUER, *Fundamentos del Derecho Civil, Primera parte, La Obligación, t. II, Cumplimiento. Liberación coactiva del deudor*, FCU, Montevideo, 2000.

BESSONE, "Tecnologia informatica e nuovi mezzi di pagamento. la moneta elettronica", en *Diritto e Diritti*, noviembre de 2003, publicado en Internet.

CAPALDO, "Moneta elettronica e trasparenza", en *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, (a cura di Sica – Stanzione - Zeno Zencovich), Giuffrè, Milano, 2006, p.155 ss.

CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 1992.

CASE-FAIR, *Fundamentos de Economía*, Edición en español, Prentice Hall Hispanoamericana, México, 1992.

CERENZA, "Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia", en *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 35, Roma, 1995.

CIAN, *Titoli dematerializzati e circolazione "cartolare"*, Giuffrè, Milano, 2001.

de CORES, *Introducción al derecho de los servicios financieros*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.

D'ORAZIO, "Il regolamento degli acquisti nel commercio elettronico", en *Il contratto telematico*, (a cura di) Ricciuto - Zorzi, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. ecc.*, (diretto da) F. Galgano, Cedam, Padova, 2002.

DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Giappichelli, Torino, 1996.

EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual currency schemes*, octubre de 2012.

FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, Giappichelli, Torino, 2004.

GAVALDA-STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, Paris, 1999.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2003.

GENTILI, "Gli istituti di moneta elettronica", en *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative* (a cura di) Sica – Stanzione - Zeno Zencovich, Giuffrè, Milano, 2006, p. 35 ss.

GIANNANTONIO, "Trasferimenti elettronici di fondi e adempimento", en *Foro it.,* 1990, V, p. 165 ss.

GEVA, "The Wireless Wire: Do M-Payments and UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers Match?", en *Banking & Finance Law Review*, 27.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

GUARRACINO, "Titolo di credito elettronico e documento informatico", en *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, p. 514 ss.

HUERTADESOTO, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Unión Editorial, Madrid, 1998.

INZITARI, "La natura giuridica della moneta elettronica", en *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, (a cura di) Sica-Stanzione - Zeno Zencovich, Giuffrè, Milano, 2006, p. 23 ss.

LACOURSIERE, "Analyse de la trajectoire historique de la monnaie électronique", en *Les Cahiers de Droit*, vol. 48, no 3, septembre 2007.

LACOURSIERE, "Rapport du groupe de travail sur l'examen du système de paiement - paiements de consommation", en *Canadian Business Law Journal,* 2012, vol 53.

LANSKOY, "La nature juridique de la monnaie électronique", en *Bulletin de la Banque de France,* n. 70, octubre de 1999, p. 45 y ss.

LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Giappichelli, Torino, 2003.

MALAGUTI, "Trasferimenti elettronici di fondi a confronto con il diritto della concorrenza: necessità e limiti della cooperazione interbancaria", en *Contratto e impresa*, 1995, p. 301 ss.

MANCINI-PERASSI (a.c.), "Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni", en *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, Banca d'Italia, n. 6, dic. 2008.

MANCINI-PERASSI, "I trasferimenti elettronici di fondi", en *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 23, Roma, 1991.

MITTE, *La moneta elettronica. Parte Prima*, Universidad Telematica Pegaso, 2013, disponible en Internet.

MOLINA S.J., *De iustitia et iure libri decem, tomus secundus de contractibus,* Moguntiae, 1614.

NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, Biblioteca de la "Revista de Derecho Privado" – Serie B – Vol. IX, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1929.

OLIVIERI, "Sistemi di pagamento", voce della *Enc. Giur. Treccani*, vol. Aggiornamento IV, Roma, 1995.

OÑATE S.J., *De contractibus onerosis, tomus tertius*, Romae, 1654.

PACILEO, "L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie in materia di e-money", en *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, (a cura di) Sica-Stanzione-Zeno Zencovich, Giuffrè, Milano, 2006, p. 191 ss.

PISANU, *La moneta elettronica*, Tesis de doctorado, Università degli Studi di Sassari, Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi, año 2006-200.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, Legis, Bogotá, 2009.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

ROPPO, "Prospettive del diritto contrattuale europeo. Del contratto del consumatore al contratto assimetrico?" en *Corriere Giuridico*, 2/2009, p. 272.

SELLA, "La moneta elettronica nel sistema bancario italiano", en *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, (a cura di) Sica-Stanzione-Zeno Zencovich, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3 ss.

SICA-STANZIONE-ZENO ZENCOVICH, "La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative", en FRANCESCHELLI, Vincenzo, TOSI, Emilio (dir.), *Diritto delle nuove tecnologie*, Giuffrè, Milano, 2006.

TROIANO, "Gli istituti di moneta elettronica", en *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Banca d'Italia, Numero 53, julio 2001.

TROIANO, "La moneta elettronica come servizio di pagamento", en Sica-Stanzione-Zeno Zencovich, (a.c.), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative,* Giuffrè, Milano, 2006, p. 89 ss.

VALENTINO, "Moneta elettronica e tutela del consumatore", en Sica-Stanzione-Zeno Zencovich (a.c.), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 129 ss.

ZENO ZENCOVICH, *Temi e problemi economico-giuridici della moneta elettronica*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, (a cura di) Sica-Stanzione-Zeno Zencovich, Giuffrè, Milano, 2006, p. 15 ss.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. JOSE' LUIS DE LOS MOZOS
Professor emérito de la Universidad de Valladolid

CONTRATOS BANCARIOS – OBSERVACIONES

Ante el silenzio de los viejos código sobre el particolar, no sólo destaca la importancia que adquiere el *Codice civile italiano de 1942*, sino también la exactitud de la reflexión, tantas veces enunciada, de que en la moderna sociedad *contractualizada* es, sobre todo, la iniziativa privada la que va por delante y a la que hay que prestar la atención debida, de una parte, para no interferir en ese proceso creador que contituye un indudable signo de progreso. En modo que toda tarea legislativa se debe orientar a un reconocimiento y a una fijación de esa realidad, acogiendo, como no puede ser por menos, la *tipicidad social*, ya adquirida e incluso probanda, para trasformarla, en su caso, en *tipicidad legal* sempre que a ello haya lugar; mientras que, por otro, se trate de proteger, por encima de todo, aparte de los intereses del tráfico, la seguridad de los derechos de todas las partes intervinientes en el contrato, sin necesidad de entorpecer, en modo alguno, el desarrollo natural de la libertad contractual.

En la mayor parte de los casos, y de acuerdo con lo dicho, muchos de los contratos que nos encontramos en este ámbito, son contratos *atípicos* en los que rigen directamente las normas generales de los contratos y a los que la doctrina, además, califica de *normativos*, en ellos, las cláusulas o pactos de su establecimiento.

Por otra parte, algunas de las discusiones que se plantean en torno a los contratos civiles de los que éstos contratos derivan (depósito, comodato, préstamo), para lo cual me remito al bellísimo *rapport* de nuestro eminente Coordinador, contendo en el Apéndice V del Libro II del *Code européen des contrats* (2006), en ellos mismos, se disipan (cuestiones sobre la natualeza real o consensual, o sobre el carácter oneroso o gratuito, principalmente) por la propria

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

naturaleza de las cosas. En estos contratos, por lo demás, intervienen frecuentemente las *condiciones generales*, por lo que habrá que estar a lo ya dispuesto en el art. 33 y a las demás normas relativas al *contenido del contrato* (arts. 30 a 32) del Libro I.

Dicho esto, voy a seguir el orden del *Codice civile*, para hacer solamente unas breves observaciones:

CUENTA CORRIENTE

Hay que distinguir ante todo, el contrato de cruenta corrente y el *in strumento contable* de la cruenta corrente que tiene diversas aplicaciones bancarias (depósito de numerario, apertura de crédito, etc.). Para el primero, en Derecho español, según la jurisprudencia del TS., es necesario un compromiso recíproco de mutua concesión de crédito, no estoy seguo si en el Cc. It. (arts. 1823 a 1833), asume esta función o, simplemente, es un in strumento para facilitar el juego de la compensación. Este contrato, tuvo mucha importancia para incrementar las relaciones comerciales, pero actualmente ha decaído por la mayor agilidad y sencillez del crédito bancario. Son los expertos los que deben de decir si ha de mantenerse, bien como contrato autónomo (Garrigues) o bien como mero instrumento contable o, incluso, de las dos maneras.

DEPÓSITO

Cuando los arts. 1834 a 1841 Cc. It., se ocupan de los diversos tipos de depósito bancario, no aparece, debidamente matizada, una *responsabilidad* específica a cargo del depositario, que habrá de deducirse de las normas generales o de los patos expresos, si no se establece una precisión normativa al efecto. Sin embargo, parece que esta responsabilidad ha de ser un efecto *natural* de este tipo de contrato. Como dice Vicent Chuliá ed depósito mercantil es el que reclama una norma singular que defina una *responsabilidad rigurosa para el depositario*. En este sentido se orienta el C. de commercio español, a pesar de su parquedad (arts. 306 y 307). Por otra parte, es evidente la naturaleza *real* del contrato, dunque pueda perfeccionarse por el mero consentimento de las partes, únicamente que sólo a partir de la entrega de la cosa surgen las obligaciones del depositario.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Sus distintas classe aparecen bien especificadas en el Código civil italiano (depósito de dinero, libreta de depósito con finalidad de ahorro, de títulos, cajas de seguridad), pero prebablement falte prever, por un lado, aquéllos supuestos a los que se aplica el *instrumento contable* de la cruenta corrente y, por otro, su transformaciín o simple implicación con otros tipos de contrato (préstamo, comisión, financiación, etc.).

PRÉSTAMO

Si se ha regulado anteriormente el préstamo (*mutuo*), ahora no hay que ocuparse más que de las modalidades bancarias, como hace el Código civil italiano (apertura de crédito, anticipación bancaria y descuento bancario). Lo que pasa es que, en esta materia, han turgido una serie de nuevas modalidades, aparte del crédito al consumo, que los especialistas señalan umanamente: préstamo de valores bursátiles (créduto al mercato), atomizado (empréstito), sindicado, partecipativo, ipotecario, con garantía de valores y con garantía de cédulas pignoraticias.

Por otra parte, se platea aquí la cuestión sistemática de si en este ámbito se deba tratar del "arrendamiento financiero" ("*leasing*"), figura que ha dado lugar a numerosas modalidades, dunque sea probabile incontrarle otro acomodo.

Por último, por su parentesco, más o menos lejano, por la función que cumplen, podrían incluirse el contrato de *factoring* (facturación o gestión de cobro) y su derivado el contrato de *confirming*, a mitad de camino de la gestión de pagos y la posible financiación; lo mismo que el contrato de financiación de exportaciones, *fortfaiting*, que es, en todo, semejante al descuento de los efectos de comercio.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. DOROTHEE EINSELE
Professor an der Universität Kiel

ERSTE ALLGEMEINE ANMERKUNGEN ZU DEN BANK- UND FINANZDIENSTLEISTUNGSVERTRÄGEN

Vorbemerkung

Im Folgenden handelt es sich um eine erste Stellungnahme zu den Bank- und Finanzdienstleistungsverträgen der Art. 1813 bis 1860 des italienischen Zivilgesetzbuchs unter dem Aspekt, ob diese Bestimmungen in das Europäische Vertragsgesetzbuch übernommen oder aber verändert werden sollten. Meine Anmerkungen sind bisher relativ allgemein gehalten und betreffen einige grundsätzliche Fragen. Zu Detailfragen werde ich gerne zu gegebener Zeit Stellung nehmen.

I. Kritische Würdigung der aufgeführten Vertragstypen

1. Verträge mit Kreditierungs- und Sicherungsfunktion

In dem „4. Buch – Schuldrecht 3. Titel – Einzelne Verträge" des italienischen Zivilgesetzbuchs finden sich zunächst im 15. Abschnitt allgemeine Vorschriften zum Darlehen. Im 17. Abschnitt werden die Bankverträge mit Kreditierungsfunktion unterteilt in die Bankeinlagen, die Eröffnung eines Bankkredits, den Bankvorschuss sowie den Bankdiskont.

Der Darlehensvertrag ist zunächst in allgemeiner Form in Art. 1813-1822 des italienischen Zivilgesetzbuchs geregelt. Ist indes eine Bank Vertragspartner des Darlehensvertrags, sieht das italienische Zivilgesetzbuch Spezialregelungen vor. Dabei wird unterschieden: Fungiert die Bank als Darlehensgeber, gibt es im italienischen Zivilgesetzbuch Sonderregelungen in den Art. 1842 ff. Für den Fall, dass hingegen der Kunde Darlehensgeber der Bank ist, findet sich eine weitere spezielle Regelung in Art. 1834. Fraglich erscheint mir, ob diese Mehrfachregelungen überhaupt erforderlich sind. Jedenfalls aber dürften sich diese Bestimmungen zusammenfassen

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

lassen. Denn der Sache nach handelt es sich sowohl bei den (Bank-) Darlehensverträgen als auch den Bankeinlagen nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich um Darlehensverträge. Auch die Eröffnung eines Bankkredits ist ein Fall eines Darlehensvertrages und sollte daher in den Abschnitt zum Darlehen aufgenommen werden. So könnte die Anzahl der erforderlichen Vorschriften insgesamt reduziert werden. Ferner würden damit die sachlich-inhaltlichen Gemeinsamkeiten dieser Verträge deutlicher sichtbar.

Im Übrigen sind meiner Ansicht nach keine überzeugenden Gründe ersichtlich, warum der Darlehensvertrag nicht generell und für beide Vertragsparteien (also sowohl Darlehensgeber als auch Darlehensnehmer) im Sinne eines Verpflichtungsgeschäfts geregelt sein sollte. Art. 1813 könnte daher etwa folgendermaßen formuliert werden: „Das Darlehen ist ein Vertrag, mit dem eine Partei sich verpflichtet, der anderen eine bestimmte Menge Geld oder andere vertretbare Sachen zu übergeben und die andere Partei sich verpflichtet, Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten".

Hingegen geht es in dem 4. Teil zum Bankvorschuss der Sache nach im Wesentlichen um die Rechtsposition von Sicherungsgebern bzw. Sicherungsnehmern, also um Sicherungsgeschäfte und nicht schwerpunktmäßig um Spezifika schuldrechtlicher Bankverträge. Daher erscheint überlegenswert, ob die Rechtspositionen von Sicherungsgebern bzw. Sicherungsnehmern nicht in einem eigenständigen Abschnitt behandelt werden sollten, sofern man diese Fragen überhaupt im Rahmen der Bankverträge behandeln will.

Beim Bankdiskont bleibt hingegen trotz der Spezialregelungen gem. Art. 1958-1960 des italienischen Zivilgesetzbuchs offen, ob dieser dogmatisch eher als (Ver-)Kauf der diskontierten Wechsel bzw. Dokumente oder aber als Kredit- bzw. Darlehensgeschäft verbunden mit einem Sicherungsgeschäft einzuordnen ist. Ferner: Regelt man den Bankdiskont in Form des Wechseldiskonts und des Diskonts von Dokumententratten, müsste eigentlich auch das Factoring spezialgesetzlich geregelt werden. Fraglich ist aber, ob überhaupt Sonderregelungen für solche Bankgeschäfte erforderlich

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

sind, bei denen die Bank bzw. der Finanzdienstleister Forderungen quasi vorfinanziert.

2. Regelung zum Depotgeschäft

Die Regelung zur Verwahrung von Wertpapieren zur Verwaltung gem. Art. 1838 des italienischen Zivilgesetzbuchs umfasst zwar eine Reihe wesentlicher Verwaltungsaufgaben der Bank im Rahmen des Depotgeschäfts. Etliche Aufgaben, die typischerweise die Depotbanken wahrnehmen und gegebenenfalls auch nur von Depotbanken wahrgenommen werden können, bleiben in dieser Vorschrift indes unerwähnt: Zu denken ist insoweit etwa an die Verpflichtung der Depotbanken zur Weitergabe von Informationen des Emittenten über Maßnahmen, die für die Rechtsposition des Depotinhabers (hinterlegenden Kunden) von wesentlicher Bedeutung sind, wie zum Beispiel Informationen über gesetzliche Abfindungs- und Umtauschangebote, Sanierungsverfahren, etc. Auch die Frage, in welcher Weise die Depotbank Stimmrechte der Kunden ausüben muss/kann, bleibt offen. Die Bestimmung des Art. 1838 des italienischen Zivilgesetzbuchs regelt also die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren nur bruchstückhaft. Allerdings erscheint es mir gut vertretbar, die nähere Ausgestaltung des Depotgeschäfts den vertraglichen Vereinbarungen zwischen Kunde und Bank zu überlassen.

3. Schließfachdienst

Die Vorschriften zum Schließfachdienst der Banken (Art. 1839-1842 des italienischen Zivilgesetzbuchs) sind eher zu detailliert. Denn der Sache nach handelt es sich dabei um Mietverträge für Schließfächer. Fraglich ist daher, ob für den Schließfachdienst (überhaupt) spezialgesetzliche Regelungen erforderlich sind. Auch hier halte ich es für möglich, die nähere Ausgestaltung des Schließfachdienstes den vertraglichen Vereinbarungen zwischen Kunde und Bank zu überlassen.

4. Kontokorrent

Insbesondere das Kontokorrent ist sehr ausführlich geregelt. Die Vielzahl der Vorschriften beruht nicht zuletzt auf der Unterteilung in allgemeine Vorschriften zum Kontokorrent im 16. Abschnitt und den Bankgeschäften in Form des Kontokorrents im 17. Abschnitt. Dabei erscheint mehr als fraglich, ob diese Trennung hier sinnvoll ist. So könnte die jederzeitige Verfügungsmöglichkeit des

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Kontoinhabers über den zu seinen Gunsten bestehenden Saldo beim Bankkontokorrent auch vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Kunden und der Bank überlassen werden. Alternativ hierzu könnte diese Frage im Rahmen der Bestimmungen geregelt werden, die zur bargeldlosen Zahlung zusätzlich aufgenommen werden sollten (vgl. auch unten II.). Jedenfalls lassen sich meiner Ansicht nach grundsätzlich unterschiedliche Regelungen zum Kontokorrent im Allgemeinen und dem Bankkontokorrent im Besonderen sachlich kaum rechtfertigen.

II. Kritik: Fehlen wesentlicher Vertragstypen

Während manche Vertragstypen äußerst detailliert geregelt sind, finden sich in den Art. 1813-1860 des italienischen Zivilgesetzbuchs keine Spezialvorschriften zu wesentlichen (ebenfalls kundenbezogenen) Bankgeschäften, wie etwa dem gesamten Bereich der bargeldlosen Zahlung. Im Europäischen Wirtschaftsraum ist hierfür die (mittlerweile Zweite) Zahlungsdiensterichtlinie (v. 25.11.2015, ABI, EU Nr. L 337, 35) maßgeblich und umzusetzen. Insbesondere ist der Hinweis in Art. 1856 des italienischen Zivilgesetzbuchs, wonach die Bank nach den Vorschriften über den Auftrag für die Durchführung der vom Kontokorrentinhaber oder von einem anderen Kunden erhaltenen Weisungen haftet, sehr allgemein. Jedenfalls ist dieser Hinweis zu allgemein gefasst, um auch nur die Grundstrukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs zu regeln. Dabei ließen sich die verschiedenen Formen der bargeldlosen Zahlung auch im Rahmen der Dienstleistungsverträge im Allgemeinen – und nicht speziell der Bankverträge – regeln. Insbesondere lässt die Zahlungsdiensterichtlinie zu, dass bloße Zahlungsdienstleister – und nicht unbedingt Kreditinstitute – bargeldlose Zahlungen ausführen. Jedenfalls müssten meiner Ansicht nach Spezialvorschriften zur bargeldlosen Zahlung in das Europäische Vertragsgesetzbuch aufgenommen werden. Entsprechende Überlegungen gelten auch für die Finanzkommissionsgeschäfte.

III. Problem: Verbraucherschutzbestimmungen

Ferner stellt sich die Frage, ob spezielle Verbraucherschutz-vorschriften in das Vertragsgesetzbuch integriert werden sollten. Problematisch ist dies nicht nur, aber gerade auch im Zusammenhang mit der Vergabe von Krediten, die durch Grundpfandrechte an Wohnimmobilien gesichert sind (vgl. etwa

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

auch die europäische Wohnimmobilienkreditrichtklinie v. 4.2.2014, ABI EU Nr. L 60, 34 ff). Insoweit erscheint es mir allerdings nicht sinnvoll, verbraucherrechtliche Detailbestimmungen in das Europäische Vertragsgesetzbuch aufzunehmen. Denn die Verbraucherschutzvorschriften unterliegen häufigen Änderungen und sind ferner recht „technischer" Natur. Sie gehören meiner Ansicht nach daher nicht in ein Gesetzbuch, das die wesentlichen Grundsätze des europäischen Zivilrechts regeln will. Ausreichend wäre wohl, Verbraucherkredite im Rahmen einer Sonderregelung zu erwähnen, hinsichtlich der Details aber auf das europäische Gemeinschaftsrecht zu verweisen.

IV. Regelungssystematik

Insgesamt plädiere ich für ein deutlich höheres Abstraktionsniveau der Vorschriften. Dies lässt sich einerseits durch eine Zusammenfassung der verschiedenen Formen der Darlehensverträge sowie der Regelungen zum Kontokorrent erreichen. Zum anderen sollten Fragestellungen, die bei allen Verträgen auftreten können, nicht jeweils bei den einzelnen Bankverträgen, sondern in allgemeinen Bestimmungen geregelt werden; teilweise könnte insoweit auch auf bereits existierende allgemeine Bestimmungen zurückgegriffen werden. Um ein Beispiel zu nennen: Die Art. 1840, 1854 des italienischen Zivilgesetzbuchs beschäftigen sich mit der Problematik von Gläubigermehrheiten. Diese Fragen sollten meiner Ansicht nach in allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen geregelt (vgl. Art. 88 des l. Buches des Europäischen Vertragsgesetzbuchs über Verträge im Allgemeinen) bzw. den vertraglichen Parteivereinbarungen (auch in Form allgemeiner Geschäftsbedingungen) überlassen werden. Auf diese Weise können Bestimmungen entfallen oder jedenfalls gekürzt werden. Hierdurch wird der Gesetzestext leichter lesbar und damit übersichtlicher gestaltet. Überdies hat ein höherer Abstraktionsgrad den Vorteil einer größeren Flexibilität und Anpassungsfähigkeit an neue Entwicklungen.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. GIUSEPPE GANDOLFI
Professore emerito dell'Università di Pavia

DA UN CONVEGNO ALL'ALTRO: CONSIDERAZIONI RETROSPETTIVE E INTERLOCUTORIE IN TEMA DI CONTRATTI BANCARI (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Considerazioni preliminari sui problemi da affrontare nel convegno. – 3. Segue: indicazioni propositive di larga massima. – 4. Un rapido sguardo alle normative comunitarie. – 5. Segue: in tema di doveri di comportamento e di organizzazione delle banche. – 6. I risultati del dibattito in una 'relazione interlocutoria'. – 7. I lavori del convegno: iniziali perplessità destinate a dissolversi. – 8. Proposte di ordine metodologico: alcune norme generali di carattere introduttivo? – 9. Segue: la sobrietà legislativa come requisito essenziale in questa tematica. – 10. L'esame delle figure contrattuali contenute nel "questionario": le cassette di sicurezza. – 11. Segue: il deposito bancario. – 12. Segue: l'apertura di credito bancario. – 13. Segue: l'anticipazione bancaria. – 14. Segue: lo sconto bancario. - 15. Segue: le operazioni bancarie in conto corrente. 16. Verso l'ora di chiusura del convegno.

1. *Premessa.* – E' opportuno che nel "Codice europeo dei contratti" vengano dedicate alcune norme alle operazioni bancarie e finanziarie, e se sì, quali? Questo il problema che ha costituito oggetto di un vivace dibattito nell'ultimo convegno che l'Accademia dei Giusprivatisti Europei ha tenuto all'Università di Pavia. In esso - ne anticipo subito l'esito - è stata accolta la proposta di destinare a questa tematica un Titolo del Libro secondo relativo ai singoli contratti e agli obblighi extracontrattuali, che nella parte sinora ultimata[1] è stato presentato all'Unione Europea durante il semestre

(*) Questo scritto è stato anche destinato agli "Studi in onore di Luis O. Andorno"; ed essendo così rivolto pure a giuristi dell'America Latina, nelle note a piè di pagina sono state integralmente riportate le norme del codice civile italiano alle quali è fatto riferimento nel testo.

[1] Relativa alla vendita ed ai contratti collaterali seguenti : vendita con riserva di gradimento, a prova e su campione; vendita con riserva della proprietà; leasing; vendita con patto di riscatto; contratto estimatorio; somministrazione;

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

austriaco di presidenza, in una cerimonia svoltasi il 6 giugno 2006 a Vienna, al Ministero della Giustizia.

Dall'inizio degli anni Novanta, nell'ambito dell'Accademia medesima sono condotte indagini comparatistiche sulla base anche di "questionari", che consentono di raccogliere organicamente le proposte di soluzioni per la stesura delle relative norme: proposte che vengono poi discusse nei periodici incontri accademici.. Per le operazioni bancarie e finanziarie il "questionario" è stato redatto facendo riferimento alle relative disposizioni del codice civile italiano. E questo modo di procedere, già adottato per i lavori preparatori del Libro primo, si è rivelato senz'altro opportuno. Con un siffatto aggancio, sia pure non più che indicativo, a norme e soluzioni collaudate dalla prassi, è stato possibile orientare in modo coordinato le ricerche preliminari, che si sono concretizzate in cospicui contributi scritti recanti proposte notevoli, e indirizzare successivamente la discussione durante il convegno predetto.

Il codice civile italiano è invero il primo fra quelli europei che ha dedicato a questi contratti varie norme, anzi un intero capo[2]; successivamente, con la riforma del codice civile tedesco, entrata in vigore nel 2002, sono state in quest'ultimo introdotte delle disposizioni su operazioni bancarie[3]; il che è pure avvenuto nel progetto di riforma del codice civile argentino.

Farò qui un rapido *excursus* sui predetti lavori congressuali, dopo aver sintetizzato le considerazioni che avevo espresso, come di consueto, in una 'relazione introduttiva' volta ad indirizzare il dibattito: destinato ad accertare quali norme del codice italiano possano tuttora, nel contesto europeo, avere una ragion d'essere, pur con aggiornamenti, modifiche o integrazioni, e quali altre norme debbano ad esse affiancarsi nel titolo che sia dedicato alla tematica in esame.

---

vendita con patto di esclusiva; concessione di vendita; affiliazione commerciale per la vendita (franchising); vendita all'asta (artt. 174-220). Il Titolo dedicato alle predette tematiche è fra l'altro consultabile sul sino internet: http://www.accademiagiusprivatistieuropei.it

[2] Il XVII, del Titolo III (sui singoli contratti), del Libro IV cod.civ.it.: artt. 1834-1860 relativi ai depositi bancari, al servizio delle cassette di sicurezza, all'apertura di credito bancario, all'anticipazione bancaria, alle operazioni bancarie in conto corrente e allo sconto bancario.

[3] §§ 676a-676h BGB relativi all'*Überweisungsvertrag*, allo *Zahlungsvertrag*, al *Girovertrag*.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

2. *Considerazioni preliminari sui problemi da affrontare nel conv*egno. - Avevo ritenuto necessario premettere, nella "relazione" suddetta, che le norme del codice italiano entrarono in vigore quando il settore bancario era retto da un regime giuridico in virtù del quale le banche, *lato sensu* intese, erano imprese che esercitavano una funzione di interesse pubblico, soggetta ad autorizzazioni e controlli. E tale regime era improntato ad un criterio di 'specializzazione', in base al quale erano banche 'ordinarie' – dette anche "aziende di credito" – quelle che raccoglievano "fra il pubblico depositi a vista o a breve termine"[4] e di conseguenza esercitavano l'attività creditizia "a breve termine" (essendo invece "istituti di credito"[5] le imprese che esercitavano il credito a medio o a lungo termine). Ma da qualche decennio tale regime e il dualismo che lo caratterizzava, pur permanendo un sistema di autorizzazioni e di controlli, sono venuti meno, come sono mutati gli ordinamenti vigenti in altri Stati, anche per effetto di interventi comunitari ove, com'è noto, risulta attribuita alle banche la denominazione di "enti creditizî", quali "imprese la cui attività consiste nel ricevere dal pubblico depositi ed altri fondi rimborsabili e nel concedere prestiti per conto proprio"[6]. Inoltre nel settore del credito la fenomenologia si è nel frattempo notevolmente arricchita. Sono anche entrati in gioco altri soggetti, con diverse funzioni. Ma soprattutto si sono venute imponendo nuove tecniche e metodologie, senza parlare del mezzo elettronico e del ruolo che esso già esercita e potrà in futuro sempre maggiormente esercitare: mi vien fatto di accennare, in linea esemplificativa, alla 'moneta elettronica'[7] quale emessa dai relativi 'istituti', come consentito anche dalla legge italiana.

Le considerazioni che precedono – osservavo – dovranno indurci anzitutto a verificare se le norme riportate nel 'questionario' risentano dell'impostazione pubblicistica in vigore all'atto della loro promulgazione. E comunque dovremo chiederci se in un codice europeo dei contratti, destinato ad entrare in vigore nel terzo millennio, la sempre più intensa attività delle banche nei rapporti

[4] Art. 5, legge 7 marzo 1938 n. 141.

[5] Art. 41, legge 7 marzo 1938 n. 141, pred.

[6] Direttiva 77/780/CEE del Consiglio del 12 dicembre 1977, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio, art. 1.

[7] Definita come "valore monetario rappresentato da un credito… memorizzato su un dispositivo elettronico" (art. 1, comma 2, lett. h ter) decr. legge 1 settembre 1993 n. 385, modif. da legge 1 marzo 2003 n. 39, art. 55).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

quotidiani esiga di essa una più specifica e articolata considerazione, ben oltre gli schemi già in Italia codificati.

Tale sempre più frequente presenza della banca nella vita quotidiana è dovuta non solo alle esigenze dei traffici, ma anche a ragioni connesse con i problemi della sicurezza e della prova. E' comunque necessario che sia assicurata, anche per una adeguata tutela dei consumatori, una uniformità, nell'intera area europea, degli schemi contrattuali praticati, non solo di quelli inclusi nel codice italiano, e più in generale delle varie operazioni ricorrenti. Ciò anche per evitare quegli abusi che potrebbero derivare da una contrattazione individuale troppo libera, e anche da un impiego disinvolto delle condizioni generali di contratto. Anche se, data la ricchezza attuale della fenomenologia, potrebbe non escludersi il ricorso *passim* a 'norme-cornice', che valgano fra l'altro a non intralciare quegli sviluppi che possano derivare dall'incessante progresso tecnologico. Ma la necessità di giungere ad una sollecita uniformità – aggiungevo – è pienamente avvertita anche all'interno dello stesso settore bancario. Mi rende di ciò consapevole la mia esperienza come professionista legale di una banca italiana con estesi rapporti internazionali. Forse questa stessa esigenza di uniformità ci pone di fronte al problema dei limiti che, *in subiecta materia*, debbano porsi a quella "autonomia contrattuale" che, in una norma cardinale del nostro "progetto", consente alle parti di "concludere contratti che non sono disciplinati da questo codice"[8].

3. *Segue: indicazioni propositive di larga massima.* – Rendendomi conto che non mi era consentito in tale 'relazione' invadere la sfera di competenza di ogni membro dell'Accademia con indicazioni o esemplificazioni preventive, circa opportune innovazioni, mi sono limitato a porre solo qualche quesito per sollecitare delle proposte. Mi sono chiesto dunque se, e dove, sia il caso, tenendo conto di esperienze straniere, di regolare anche in disposizioni *ad hoc*: il sistema della banca *on line*; le varie, usuali operazioni delle banche a

[8] Art. 2 *Codice europeo dei contratti* (d'ora in avanti *CoEuCo*): "Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto entro i limiti imposti dalle norme imperative, dal buon costume, dall'ordine pubblico, quali definiti nel presente codice, nel diritto comunitario, o nelle leggi nazionali degli Stati-membri dell'Unione europea, purché non perseguano unicamente lo scopo di nuocere ad altri. // Entro i limiti di cui al comma precedente le parti possono concludere contratti che non sono disciplinati da questo codice, anche mediante la combinazione di schemi legali differenti e il collegamento fra più atti".

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

favore del cliente per suoi pagamenti e sue riscossioni (alludevo, in via puramente esemplificativa, alla carta di credito, al bancomat, al connesso trasferimento elettronico, al bonifico, alla tratta, alla ricevuta bancaria, ecc.); le usuali prestazioni delle banche sia nella custodia ed amministrazione dei titoli e relative informazioni, sia nella erogazione e negoziazione dei servizi e degli strumenti finanziari (nel quadro delle esigenze che nascono dal mercato europeo dei servizi, anche bancari); inoltre queste figure contrattuali: il contratto di prestito titoli (del contratto di riporto non ci siamo occupati nel Titolo sulla vendita, essendo esso ritenuto comunque superato); il contratto di leasing, in quanto si renda necessario dedicare (dopo le norme di cui all'art. 212 del Libro secondo del nostro "progetto") qualche disposizione specifica ad un tale rapporto se instaurato da una banca; il contratto di factoring; e ancora, *ratione materiae*, il credito al consumo (ed, eventualmente, il rapporto di intermediazione volto a procurare il credito ad un consumatore). Questa voleva essere, ho precisato, una mera indicazione esemplificativa: perché altri interrogativi in argomento era prevedibile che venissero formulati durante il convegno.

Ho ritenuto poi di potermi riferire ad un mio scritto risalente agli anni Settanta[9] quando all'Università di Padova tenevo un corso di "diritto privato bancario", nelle cui lezioni introduttive mi occupai del problema dei rapporti fra la legge bancaria e la Costituzione (era ancora in vigore il regime pubblicistico del settore bancario che negli anni successivi è venuto meno). In questo saggio rispetto all'opinione comune, che riteneva recepita e sanzionata dall'art. 47 della Costituzione italiana la legge bancaria allora vigente, espressi il mio dissenso: e ciò sulla base di un'analisi della Costituzione, dei lavori preparatori di essa, e ovviamente della stessa legge bancaria (ossia del complesso delle norme di cui ai provvedimenti legislativi degli anni 1936-38). Giunsi alla conclusione che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la legge bancaria allora vigente doveva essere applicata con uno spirito diverso da quello che ne aveva ispirato l'emanazione. La Costituzione, osservai, assegna infatti al settore bancario italiano un nuovo ruolo, imponendo delle scelte sul piano economico e su quello sociale. Quanto al primo, nel senso di "trarre dal mercato le

[9] G. GANDOLFI, *Legge bancaria e Costituzione ('Premesse' ad un corso di Diritto privato bancario)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1975, IV, p. 1 .

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

indicazioni dei modi e dei limiti del proprio svolgimento"[10]. Quanto al secondo, nel senso di rendersi partecipe di quella evoluzione che aveva ormai "nel lavoro il perno della civile convivenza", così da mirare "ad un'eguaglianza sostanziale" che può essere realizzata "attribuendo al lavoro un ruolo gerarchico preminente"[11]. E ciò scrissi, riferendomi implicitamente anche a quel rilievo che veniva usualmente formulato con riferimento ad alcune banche, non solo italiane: nel senso che esse, nell'erogazione dei finanziamenti, considerano non tanto la validità del programma che il cliente intende realizzare, quanto piuttosto le sue attuali condizioni di solvibilità.

Mi fu detto che la mia predetta disamina non mancò di avere un qualche effetto quando, negli anni immediatamente successivi, si trattò in Italia di operare delle scelte sul piano legislativo. E nella "relazione introduttiva" ho fatto un richiamo a questo mio saggio, per chiedermi se un'analoga indagine possa essere condotta, in funzione del lavoro che stiamo svolgendo: per accertare se possa ritenersi che gli accordi comunitari assegnino anche al settore delle banche europee un certo ruolo sul piano economico e sociale, e se sia opportuno o possibile per noi tenerne conto in sede di redazione delle norme relative alle operazioni e ai contratti bancari.

4. *Un rapido sguardo alle normative comunitarie*. - Per cercare di dare una risposta al predetto interrogativo, ho osservato che una scorsa a volo d'uccello delle convenzioni comunitarie ci consente di ricordare che l'art. 2 del Trattato di Roma del 1957, integrato dal Trattato di Maastricht, assegna alla Comunità, fra l'altro, il compito di promuovere, attraverso il mercato comune, "uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche" e un "miglioramento del tenore e della qualità della vita" delle popolazioni. E se l'art. 33 (ora 39) lett. e) prevedeva che per i prodotti agricoli si dovessero "assicurare prezzi ragionevoli nelle forniture ai consumatori", l'art. 153 (ex 129 A) dispone ora che si debba assicurare a questi "un livello elevato di protezione", tutelando i loro "interessi economici". D'altro lato l'art. 163 (ex 130 F) enuncia l'obbiettivo di assicurare "la competitività dell'industria

[10] U. CAPRARA, *La banca e la legislazione bancaria*, Milano 1969, pag. 40.

[11] F. BONIFACIO, *Il lavoro fondamento della repubblica democratica: orientamenti della giustizia costituzionale*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, 3, *Rapporti sociali e economici*, Firenze 1969, p. 14.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

della Comunità", mentre l'art. 158 (ex 130 A) arriva a disporre che si debba "ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo delle regioni meno favorite o insulari, comprese le zone rurali". Più in particolare, l'art. 51 (ex 61) ha previsto "la liberalizzazione dei servizi delle banche", quale da attuarsi "in armonia con la liberalizzazione della circolazione dei capitali".

Un pur così rapido e incompleto *flash* avrebbe dovuto rammentarci che gli accordi comunitari hanno indubbiamente fissato degli obbiettivi per la Comunità, che è ragionevole ritenere siano tali da impegnare, oltre agli Stati, anche i componenti tutti della Comunità, imprese bancarie comprese. Ma mi sono chiesto - e tale domanda ho implicitamente rivolto ai congressisti che dopo alcuni giorni si sarebbero incontrati a Pavia – mi sono chiesto, dicevo, se e come fossero concepibili nel nostro progetto una o più norme introduttive del Titolo concernente i contratti bancari, nelle quali venga disposto che una banca, nel fissare le condizioni generali e particolari dei rapporti con i clienti, pur in un sistema improntato al principio della liberalizzazione, debba tener conto degli obbiettivi che la Comunità (ora l'Unione) europea persegue, e alla cui realizzazione devono considerarsi tenuti tutti i soggetti che operano nel "mercato interno" come destinatari dei corrispondenti doveri.

Forse siffatte norme del nostro "progetto" – osservavo pure – dovrebbero avere in realtà come destinatarie non solo le imprese bancarie, ma tutte le imprese, ed anzi tutti i cittadini. Ma d'altra parte da taluno potrebbe sostenersi che proprio le banche sono in grado, più di ogni altra impresa, di incrementare con i loro interventi quello sviluppo delle attività economiche che gli accordi comunitari si sono prefissi di realizzare.

Mi è parso comunque fosse il caso di sollevare il predetto interrogativo: e ciò, quale che sia la risposta che ad esso potesse darsi, inclusa l'eventualità di ipotizzare una norma generale, riguardante tutte le imprese o tutti i soggetti dell'Unione europea, da inserire, però, all'inizio del Libro primo in sede di futura revisione di esso, oppure nel Titolo che è stato a suo tempo previsto come 'finale'.

5. *Segue: in tema di doveri di comportamento e di organizzazione delle banche.* - Un problema in parte diverso – osservavo poi – attiene ai doveri di comportamento riconducibili *lato sensu* all'idea della correttezza, anche nel senso di una doverosa predisposizione di quei mezzi che sono necessari per instaurare dei rapporti con la clientela.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Tali doveri sono stati in parte enunciati nel Libro primo del nostro "progetto": per le trattative precontrattuali, per la formazione e per l'esecuzione del contratto. Per quanto riguarda il settore bancario, non è forse inutile ricordare che le disposizioni comunitarie non mancano fra l'altro di demandare agli Stati-membri l'emanazione di regole prudenziali di organizzazione nonché di regole di comportamento, aventi quali destinatarie anzitutto le imprese di investimento[12].

Fra i doveri di comportamento, che ci interessano più da vicino, rilevavo questi: agire in modo leale ed equo, con la competenza, l'impegno e la diligenza necessari, nell'interesse, per quanto possibile, dei clienti e dell'integrità del mercato; disporre delle risorse e delle procedure necessarie per portare a buon fine le proprie attività, ed utilizzarle in modo efficace; informarsi sulla situazione finanziaria dei clienti, sulla loro esperienza in materia di investimenti e sui loro obbiettivi per quanto concerne i servizi richiesti; trasmettere adeguatamente le informazioni utili nell'ambito dei negoziati con i clienti; prevenire ed evitare conflitti di interessi e, qualora ciò non sia possibile, provvedere a che i clienti siano trattati in modo equo.

Mi chiedevo ancora quale uso potesse farsi di queste indicazioni, che costituiscono altrettante istruzioni impartite, nella specie, dal Consiglio dell'Unione europea agli Stati-membri. E ritenevo che fosse senz'altro il caso di non ignorarle; salva la possibilità di integrarle, alla luce del fondamentale e ormai generale dovere di 'trasparenza'.

Nel Libro primo del nostro "progetto" assume particolare rilevanza, in termini generali, il dovere di "informazione", che già nel Libro secondo riceve pregnanti applicazioni. Ed osservavo, *incidenter tantum*, che sarebbe in netto contrasto con questo dovere l'atteggiamento di chi invitasse piuttosto sbrigativamente il cliente a firmare dei moduli stampati o addirittura dei fogli bianchi, creando nel cliente stesso l'impressione che costituirebbe una forma di sfiducia volerne esaminare il contenuto o chiedere che il foglio bianco venga riempito. Ma a questo proposito devo ricordare, circa il dovere di trasparenza, le note "Istruzioni" della Banca d'Italia[13] e

[12] Vedasi anzitutto la Direttiva 93/22/CEE del Consiglio del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, specificam., artt. 10, 11 e 12.

[13] Banca d'Italia, Istruzioni di vigilanza per le banche. Circolare n. 229 del 21 aprile 1998. Aggiornamento del 28 marzo 2003.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

della "deliberazione" del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio[14], entrambe del 2003. Mi chiedevo pure se, e come, fosse per noi possibile trarne profitto in sede redazionale.

Quanto alle Direttive comunitarie – soggiungevo – è senz'altro necessario, oltre che opportuno, tenerne tutto il dovuto conto: e tuttavia, come venne deciso nel corso dei nostri precedenti convegni, senza doverci sentire ad esse necessariamente vincolati. E ciò perché il nostro "progetto" viene redatto nella prospettiva che esso assuma un rango gerarchico pari a quello delle norme comunitarie. Durante la discussione del Libro primo davanti al Parlamento europeo, nell'ottobre e poi novembre del 2000, mi venne chiesto di pronunciarmi circa la forma nella quale ritenessi che il nostro "Codice" potesse essere emanato. Parlai di "regolamento". E nessuna obiezione venne sollevata in merito.

Voglio aggiungere che a Pavia, al nostro convegno del 2001, la Presidente della 'Commissione giuridica e del mercato interno' del Parlamento europeo, Ana Palacio, ci riferì, ella stessa, l'auspicio del Parlamento, in linea con la Commissione, che l'*acquis* comunitario venga migliorato. E ci raccomandò di operare in questo senso.

6. *I risultati del dibattito in una 'relazione interlocutoria'*. – E dedico ora una rapida sintesi ai lavori del nostro ultimo convegno pavese. Dopo i quali ho steso una 'relazione interlocutoria' per ricordare ai presenti e rendere noti agli assenti – nonché ad ogni altro giurista e uomo d'affari interessato – i risultati del dibattito. Ho esordito in tale 'relazione', della quale vengono qui parafrasati i momenti salienti, osservando che l'azione efficace e spesso stimolante dei presidenti che si sono succeduti nelle sessioni del convegno, e la presenza di un notevole numero di accademici e di esperti, giunti dai Paesi europei e d'oltre Atlantico, hanno fatto sì che il convegno avesse un risultato particolarmente positivo. Il caloroso impegno dialettico dei congressisti è stato veramente degno dell'importante riconoscimento che la nostra Accademia aveva ottenuto nelle settimane precedenti: ad essa l'*Institut de France-Académie des Sciences Morales et Politiques* ha conferito, "*pour l'ensemble des ses travaux*", il *Grand Prix* "*Charles Aubert-Droit*".

I due giorni del convegno non sono tuttavia bastati per occuparci di tutti i temi che avevamo in programma di considerare:

[14] Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, deliberazione del 4 marzo 2003.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

non pochi problemi sono stati appena sfiorati. E questa relazione 'interlocutoria' ha appunto lo scopo di offrire la possibilità ai congressisti di riprendere a distanza la discussione, fornendo inoltre agli Accademici non presenti al convegno e, come già dicevo ad ogni interessato, un riassunto dei lavori congressuali, per rendere possibili ulteriori contributi.

7. *I lavori del convegno: iniziali perplessità destinate a dissolversi.* – Non è forse inopportuno che io accenni subito ad alcune incertezze che sono inizialmente affiorate, ma come destinate a rientrare.

Taluno ha osservato che sono i cultori del diritto commerciale ad occuparsi dei contratti bancari; e si è chiesto quindi se sia appropriato disciplinarli in un codice 'civile' come quello che stiamo redigendo. Ma si è subito avvertito che noi stiamo elaborando il progetto *non* di un codice 'civile', bensì di un codice 'dei contratti', civili e commerciali, quali in uso nel mercato interno europeo. E del resto, anche a prescindere dal fatto che abbiamo adottato come 'schema di base' il codice civile italiano, nel quale si è attuata l'unificazione del diritto civile e commerciale, certo è che nel Libro secondo ci siamo già dovuti occupare di contratti commerciali, fra quelli collaterali alla vendita, come pure rilevavo nella "relazione introduttiva". E comunque è indubitabile che i contratti bancari, nella loro struttura e nella loro attuazione, appartengono alla fenomenologia contrattuale, e quindi civilistica.

Altri hanno espresso il dubbio che sia opportuno utilizzare, sia pure come mera 'traccia operativa', il codice italiano vigente: perché esso è stato emanato in un'epoca nella quale vigeva, oltre che un regime politico autoritario, un regime pubblicistico del settore bancario ora non più in vigore, come in effetti accennavo nella 'relazione introduttiva'. Ma per la verità si è trattato di un abbaglio. Le regole del codice italiano hanno risentito del clima politico vigente in Italia sino alla seconda guerra mondiale solo in quei pochi casi che hanno determinato delle immediate abrogazioni già nel 1944, e che successivamente hanno provocato delle pronunce di illegittimità costituzionale. Ma nulla di simile è avvenuto per le regole sui contratti bancari contenute nel codice civile e recepite nel nostro "questionario". Comunemente si nota, anzi, che queste regole perpetuano schemi contrattuali, e anche soluzioni, che risalgono all'antichità, talora preromana, e che in ogni modo risentono della prassi mercantile europea invalsa nei secoli scorsi, la quale ha tratto fra l'altro profitto dall'apporto rilevante della Banca

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

d'Amsterdam e della Banca d'Inghilterra, nonché di altri banchieri, specie inglesi e scozzesi. Comunque nella 'relazione introduttiva' avevo suggerito di verificare, come s'è visto, se abbia avuto influenza su tali figure contrattuali il regime pubblicistico dell'assetto bancario vigente al momento della promulgazione del codice italiano. E l'esame ulteriore ha cancellato ogni dubbio in proposito.

Tuttavia è certo che, anche se utilizzabili per iniziare in questa sede l'esame di alcuni problemi della tematica bancaria, le regole del codice italiano non la esauriscono. Si tratta anzitutto di aggiornarle, queste regole, e non soltanto – come s'è osservato – in relazione ai fenomeni della dematerializzazione e dell'impiego del mezzo elettronico. Si tratta inoltre di introdurre, accanto alle varie figure tradizionali, o in sostituzione di esse, quei nuovi schemi contrattuali e quelle nuove operazioni che l'evoluzione del settore ha già conosciuto e continua a conoscere in una molteplice dimensione. Ma ciò, sempre che tali schemi ed operazioni abbiano conseguito un adeguato grado di assestamento o siano riconoscibilmente in grado di conseguirlo. Altrimenti sarà il caso – come dicevo – di ricorrere a "norme-cornice", anche per non frenare l'evoluzione o l'espansione di schemi contrattuali ancora *in fieri*. Perché, come s'è sottolineato, il diritto bancario è tutt'altro che statico: è "*évolutif et imaginatif*", molto sensibile alle esigenze della prassi. E il nostro deve essere infatti un codice 'aperto' alle innovazioni – s'è raccomandato – come i suoi redattori avevano voluto che fosse lo *Uniform Commercial Code*.

Si è poi da taluno espresso l'avviso che l'attività bancaria debba essere disciplinata, come avviene in alcuni Paesi, piuttosto dagli usi, dai codici di autoregolamentazione, dalle condizioni generali di contratto delle banche stesse, che non da regole legislative, salvo che per alcuni rapporti, quali quelli dell'assegno bancario e del conto corrente bancario. Ma si è obbiettato che sarebbe rischioso in tale settore lasciare troppo spazio all'autonomia privata, perché vorrebbe dire consentire degli abusi, a danno non solo dei consumatori. E per quei casi, nei quali si ponga il problema di non frenare l'evoluzione di determinati istituti, si potrà ricorrere con prudenza alla formulazione di norme flessibili.

E' stata altresì abbozzata l'idea che l'attività bancaria non abbia una sua specifica autonomia, ma rientri ormai in un ambito più vasto, ossia in quel sistema giuridico che in Germania è detto "diritto del mercato dei capitali" (*Kapitalmarktrecht*). E di ciò dovrebbe tenersi il debito conto. Al quale proposito si è però

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

obbiettato che ciò potrebbe tutt'al più indurre non già ad escludere una regolamentazione legislativa dei contratti bancari, bensì a prevederne una trattazione congiunta con altri settori contigui, eventualmente mediante regole comuni.

Superate queste incertezze, si è affermato dai più che i rapporti bancari debbano essere senz'altro disciplinati nel nostro "progetto", stante la loro frequenza e la loro insostituibile funzione nella vita quotidiana di ogni persona e di ogni impresa: sia pure considerandosi che in questo ambito sono entrati in gioco altri soggetti ed altri meccanismi, e non ignorandosi i legami attuali e potenziali col settore assicurativo.

8. *Proposte di ordine metodologico: alcune norme generali di carattere introduttivo?* – Prima di esaminare le regole contenute nel "questionario", si sono poste alcune questioni di natura metodologica.

Accennavo nella 'relazione introduttiva' all'eventualità di considerare, in apertura o in chiusura della sezione dedicata ai contatti bancari, taluni obblighi comuni di comportamento e di organizzazione a carico delle imprese che esercitano l'attività medesima, in relazione anche a quelle esigenze di ordine etico-sociale, nonché economico, e cioè di sostegno al mercato, che possano venire in considerazione in tema di attività bancaria-finanziaria. E in quest'ordine di idee si è sostenuto che sia necessario, in primo luogo, affrontare i grandi problemi di base, e dettare alcune regole fondamentali.

Queste le proposte che sono state avanzate soprattutto da giuristi d'oltr'Alpe.

E' nel "conto" e dunque nel "contratto di conto" – si è detto – che deve individuarsi l'imprescindibile supporto di tutta l'attività bancaria. E' quindi necessario valutare anzitutto la necessità di configurare un "diritto di accesso" al conto, e quindi anche di accesso al credito, prendendo posizione contro quelle esclusioni che talora le banche non mancano di operare. E poi si deve subito, in una sezione introduttiva, affrontare il problema della remunerazione che può competere alla banca: la quale deve essere solo entro certi limiti libera di fissarla. Si è accennato polemicamente ad una "*majoration brutale*" del 150% del canone preteso per il servizio delle cassette di sicurezza: fatto di cui si è avuta notizia per essersene occupata recentemente la Corte di

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

cassazione francese[15]. Bisogna quindi porsi il problema delle "commissioni" e delle spese; e poi anche dell'efficacia probatoria delle scritture e dei documenti contabili provenienti dalla banca. Questi ed altri problemi pregiudiziali, s'è sostenuto, vanno affrontati in un insieme di norme – non di meri principî – che devono costituire una parte generale-introduttiva rispetto alle disposizioni concernenti i rapporti non solo bancari, ma anche finanziari e assicurativi.

Deve trattarsi di norme di condotta, anche di natura 'elastica', o tali da consentire all'interprete di attingere a parametri etico-sociali, attinenti, sì, in linea generale al contenuto dei vari contratti, ma soprattutto ai limiti che devono imporsi a tutela del cliente: ad esempio quanto, rispettivamente, agli effetti del *ius poenitendi* del cliente, del *ius variandi* della banca, alle clausole di esonero da responsabilità della banca, ai limiti veramente energici che devono porsi a quegli atteggiamenti che si estrinsecano in forme camuffate (o, se si preferisce, raffinate) di sopraffazione. A questo proposito si parla di correttezza, di trasparenza; e si tratta certamente di doveri primari della banca; ma che non bastano, s'è aggiunto. Non è sufficiente infatti che la banca sia esaustiva trattando col cliente, deve soprattutto essergli utile. Si è così accennato ai doveri di informazione, intesa come semplice comunicazione, e intesa invece come consulenza. Accanto ai quali doveri, o piuttosto fra i quali, la giurisprudenza, francese in particolare, individua quello di "mettere in guardia" il cliente, dovendo inoltre la banca verificare che quest'ultimo abbia preso piena consapevolezza delle conseguenze che una certa operazione può determinare. E qui sorge il problema, non semplice, di determinare quali debbano essere le sanzioni specifiche da comminare per la violazione di questi obblighi, al di là di quelle previste nel Libro primo del nostro "progetto". Ma si è pure aggiunto che il cliente non deve essere sopraffatto da consigli troppo pressanti, o anche da un eccesso di informazioni, come talora avviene, che siano tali da incidere su quella libertà di scelta che deve essergli assicurata, in osservanza del principio di non ingerenza della banca nella sfera privata del cliente stesso, per le operazioni soprattutto di finanziamento e di investimento. E ciò con regole imperative! Perché, come si è osservato citandosi la celebre frase dell'accademico di Francia e frate domenicano Jean-

[15] Cass. Civ. 30 giugno 2004, in *Bull. Civ.* 2004, I, n. 190.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Baptiste Henri Lacordaire, "*entre le fort et le faible c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*".

Restava da considerare il dovere di riservatezza che, nell'interesse del cliente, deve incombere sulla banca. Di un tale dovere il nostro "progetto" si occupa nel Libro primo a proposito delle trattative precontrattuali. Ma si tratta di una tematica che nei rapporti interpersonali da un paio di decennî pervade nei vari Paesi la vita quotidiana, anche sulla base di recenti Direttive comunitarie[16]. E tuttavia in tema di rapporti bancari non poteva non riuscire oggetto di una qualche curiosità notare come questo problema fosse stato affrontato in Inghilterra sin dal 1924 da una nota sentenza della High Court[17]. Essa statuì che tale dovere riguarda non solo i dati desumibili dal conto, ma tutti quelli che la banca può ottenere, anche occasionalmente, da altre fonti, in connessione con i rapporti intercorrenti col cliente. E questo dovere non cessa con la chiusura del conto e sopravvive alla morte del cliente. Non sussiste invece tale obbligo in caso di consenso espresso o implicito del cliente alla rivelazione del dato; e, all'infuori di questa ipotesi, esso viene meno solo in determinati casi: se la rivelazione dei dati è imposta dall'ordinamento, come nella deposizione testimoniale in un processo; se in tempo di guerra le attività del cliente palesano suoi rapporti col nemico; se la rivelazione è necessaria nell'interesse stesso della banca, come se essa debba agire per ottenere il rientro per uno scoperto del conto. Ma la successiva tendenza ad ipotizzare dei patti impliciti, circa il consenso dei clienti, ha indotto poi il legislatore inglese nel *Banking Code* e nel *Business Banking Code* del 2003 ad esigere che in questi casi il consenso venga dato dal cliente per iscritto.

Ma si è anche accennato alla necessaria libertà di iniziativa per le banche, quale prescritta del resto nelle disposizioni comunitarie. In quest'ordine di idee si è fatta menzione del divieto di remunerazione dei depositi a vista, già vigente in Francia. Dove però è poi arrivata sul mercato una banca catalana che offriva ai depositanti una tale remunerazione. La levata di scudi che ne è

[16] Cfr. Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazioni di tali dati; Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

[17] Tournier v. National Provincial Bank [1924] 1 K.B. 461, 486.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

seguita si è conclusa con la soccombenza della Francia davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee.

In esito a questo avvincente dibattito, l'idea di introdurre con una sorta di 'parte generale' il Titolo contenente norme comuni per le operazioni bancarie, finanziarie e assicurative, è stata da non pochi, e tuttavia non da tutti condivisa. E al di là delle indicazioni di massima sopra accennate, non sono state formulate delle proposte più specifiche, né dei suggerimenti concreti circa il contenuto delle varie norme da inserire in una tale parte generale e introduttiva. Siffatte proposte avrebbero, a ragione, consentito di confermare l'ammissibilità di una tale soluzione metodologica, quale non esclusa nella mia predetta 'relazione'. Ma alcune incertezze si sono manifestate circa il modo e il contenuto con cui possano formularsi per il predetto trittico delle disposizioni comuni, al di là delle norme generali di comportamento. Si è detto infatti che tali precetti generali dovrebbero avere di mira sia l'interesse del cliente, essenziale nei rapporti bancari, sia anche l'integrità del mercato, che forse deve prevalere nei rapporti finanziari. Resterebbe infine da verificare quale attinenza possa individuarsi fra i due primi settori e il campo assicurativo.

In realtà l'omessa formulazione di proposte specifiche risultava comprensibile, perché essa presupponeva che fossero stati preventivamente scandagliati i tre settori, per verificare una tale comune suscettibilità di riferimento E anche chi ha ammesso che le tre attività in questione abbiano o possano avere delle connessioni economiche, ha finito con l'affermarne la relativa diversità, con la conseguente difficoltà di individuare delle regole generali comuni, per lo meno già in questa fase del nostro lavoro. E non è privo di significato – si è aggiunto – il fatto che le regole comunitarie considerino queste tre attività in modo diversificato.

In effetti l'idea di differire ogni indagine circa l'opportunità di redigere delle norme generali introduttive risultava conforme ad una scelta di metodo da noi adottata sin dall'inizio degli anni Novanta e ribadita più volte durante i vari convegni, fra gli altri anche da Franz Wieacker, da Alberto Trabucchi, da André Tunc. Noi dobbiamo procedere – si è detto più volte - "studiando problema per problema", ossia un problema alla volta, senza premesse aprioristiche e deducendo poi, da una valutazione complessiva di tutti i vari aspetti delle tematiche, quelle regole generali, eventualmente introduttive o finali, che debbano governare un dato settore, più o meno ampio.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

9. *Segue: la sobrietà legislativa come requisito essenziale in questa tematica.* - Sempre sul piano metodologico, si è affermata come necessaria, per il lavoro in atto, una particolare 'sobrietà' normativa; e ciò soprattutto da giuristi di area francofona (la sobrietà è fra l'altro una delle caratteristiche della loro lingua). Si è pure riferita l'affermazione di Jean Carbonnier, secondo il quale "*on légifère mal quand on légifère trop*". Si è così inteso esprimere la raccomandazione di redigere norme moderatamente concise, che non coartino l'interprete mediante un linguaggio eccessivamente analitico. Soprattutto nel settore bancario e finanziario entrare troppo nel dettaglio vorrebbe dire redigere delle disposizioni che, nel giro di alcuni anni, potrebbero rivelarsi superate. E tuttavia la disciplina deve essere affidata non a principî, ma a norme contenenti soluzioni esplicite, nitide e precise.

Pur riferita all'attività in corso relativa al settore bancario, tale osservazione di ordine metodologico, concernente lo stile, può essere accolta anche come una saggia raccomandazione emersa all'interno del nostro stesso gruppo per tutto il lavoro in corso. Ma, essendosi riferita un'affermazione di Jean Carbonnier, è il caso di osservare che egli, con riguardo al nostro "progetto", ne ha approvato l'esaustività[18] come una caratteristica necessaria per un'opera di questo tipo. Inoltre non ne ha minimamente lamentato una mancanza di sobrietà. E per la verità, se non sbaglio a fare i calcoli, del nostro "progetto", quale già redatto, può dirsi che in linea di massima esso risulta sobrio, conciso e anche più breve di altri codici: mi riferisco al Libro primo[19].

---

[18] J. CARBONNIER, *Réflexions marginales*, in ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS, *Code Européen des Contrats*, *Livre premier*, Coordinateur G. Gandolfi, *édition de poche revue et corrigée par* L. Gatt, Milano, 2004, p. XVIII.

[19] Alle obbligazioni e ai contratti in generale esso dedica 173 norme, a fronte dei 297 del codice italiano. Con altri codici il confronto è meno agevole: comunque in quello francese il *Titre: 'Des contrats et des obligations conventionnelles en général'* è di 213 norme, non calcolando quelle sulla 'prova'. Quanto al codice tedesco, in esso la materia è regolata sia nell'*Allgemeiner Teil* che nei primi sette titoli del libro secondo, e solo questi ultimi sono di 193 articoli. Non voglio dilungarmi troppo. Ma con riguardo a singoli argomenti, può osservarsi che spesso a temi, ai quali in altri codici è destinata un'intera sezione, il nostro "progetto" dedica una sola norma. In linea esemplificativa si può rilevare che la compensazione è regolata nel nostro "progetto" da una sola norma (art. 132) di sette commi: norme più lunghe sono state introdotte di recente nei codici tedesco e italiano (es. §§ 308 e s. BGB; art. 1469 bis ss., non più vigenti, cod. it.). Ed ecco un confronto con altri codici. In quello austriaco, particolarmente conciso, alla compensazione sono dedicate sei norme, e, in altri, intere sezioni o

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Occorre però distinguere la sobrietà, e cioè il carattere non troppo descrittivo delle norme, dal silenzio legislativo. Certamente la presenza di lacune nella legge è inevitabile, e il legislatore stesso come rimedio offre lo strumento dell'*argumentum legis*, che è pur sempre un rimedio, e del quale si additano i limiti di ordine giuridico, logico e politico, a prescindere dalla possibile aleatorietà cui può condurre il suo impiego.

Comunque, sullo stile da adottare s'è discusso a lungo nel triennio 1992-1995: con queste conclusioni. Le regole del diritto interno debbono essere sobrie e concise per consentirne un'applicazione ragionevolmente duttile, e potendo l'interprete attingere alla propria tradizione giuridica, ossia a un apparato dottrinale e giurisprudenziale attinente all'ordinamento medesimo, ai suoi valori, alle sue soluzioni. Ma se una norma è destinata ad un'area giuridica nella quale può costituire un *quid novi*, e in ogni caso se il legislatore intende introdurre - e ciò anche in un ordinamento interno - regole o soluzioni diverse rispetto a quelle precedentemente vigenti, allora egli deve esprimersi in termini chiari e anche analitici. Altrimenti la sobrietà si traduce in reticenza, non fornendo egli all'interprete i mezzi per orientarsi: così da consentire l'arbitrio, o un pericoloso ricorso dell'interprete stesso a concetti e nozioni presenti nel proprio diritto nazionale e non corrispondenti a quelle introdotte dal legislatore sopranazionale, provocando insomma situazioni caotiche (e dunque tutt'altro che tali da favorire l'uniformità) in sede di applicazione delle norme. Questo accorgimento deve valere in particolare per un codice destinato ad un'area così vasta e con tradizioni così diverse come l'area europea.

10. *L'esame delle figure contrattuali contenute nel "questionario": le cassette di sicurezza.* – Cercherò di riferire in una sintesi possibilmente adeguata le discussioni che sono seguite sulle varie fattispecie contrattuali contenute nel "questionario".

Per ragioni di natura organizzativa si è considerato dapprima il 'servizio delle cassette di sicurezza' (artt. 1839-1841 cod. it.), che è stato oggetto di ampia discussione. E ciò, non perché esso abbia

titoli: che sono nel codice francese di undici norme, in quello spagnolo di otto, in quello tedesco di dieci, in quello italiano di dodici, in quello olandese di quindici. Dunque il nostro "progetto", conformemente alle nostre intenzioni, è più di altri conciso e breve. E va inoltre considerato che il fatto di concentrare la disciplina di un istituto in una sola norma, ovviamente di dimensioni pari al contenuto, è tale da poter facilitare il compito dell'interprete.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

una particolare rilevanza nell'ambito dei rapporti bancari, pur avendo tuttora un suo ruolo (e costituendo fra l'altro una delle attività indicate nella Direttiva del 14 giugno 2006[20]), ma per i motivi che vado indicando.

Chi, come noi, si dedica alla redazione di regole giuridiche, deve porre una particolare attenzione nell'uso del linguaggio e nell'impostazione del 'sillogismo' legislativo. L'art. 1839 del codice italiano[21], sulle cassette di sicurezza, costituisce per noi un significativo ammonimento, perché il legislatore italiano, regolando questo servizio, ha voluto "lasciare impregiudicata la questione della sua natura giuridica" (come si precisa nella 'Relazione ministeriale')[22]. Nel contratto stesso – si osserva usualmente – confluiscono elementi incompleti ricollegabili alla locazione e al deposito. E il legislatore italiano, per non prendere posizione, si è limitato ad enunciare nella norma due obbligazioni strumentali della banca: nel senso che essa risponde verso l'utente "per l'idoneità e la custodia dei locali" e "per l'integrità della cassetta". Non è stata dunque indicata la funzione effettiva, nè il risultato che esso deve procurare. E si è trattato di una soluzione infelice: perché – come è stato osservato - la norma così concepita, salvi i casi di 'routine', non consente di risolvere i problemi della banca e dell'utente, nonostante i vari tentativi della prima volti a trovare dei rimedî, fissando dei limiti al valore degli oggetti da introdurre nella cassetta. Infatti, stante il tenore della norma, questi limiti sono stati ritenuti tali non già da incidere sul contenuto del contratto, ma da dar vita ad invalide clausole di esonero da responsabilità per colpa grave, della quale è frequentemente ravvisata la sussistenza. Ne è derivato e ne deriva in Italia un intenso e lungo dibattito, che ha coinvolto soprattutto la Corte di cassazione e la dottrina anche più qualificata. L'art. 1839 del codice italiano assume dunque per ogni legislatore, e anche per il nostro gruppo di lavoro, il significato di un chiaro monito. Ma la norma stessa ha anche offerto, nel convegno, l'occasione per discutere dei rilevanti problemi della responsabilità contrattuale, quale disciplinata nel nostro "progetto" e nei vari

[20] Direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2006, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, Allegato 1.

[21] Art. 1839: "Nel servizio delle cassette di sicurezza, la banca risponde verso l'utente per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta, salvo il caso fortuito".

[22] *Rel. Min. Cod. Civ. It.* n° 740.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

ordinamenti, con particolare riguardo alla discussa nozione del "caso fortuito".

La conclusione che è stata proposta è nel senso che la norma suddetta deve essere da noi redatta in termini diversi, che enuncino la funzione del contratto e il risultato al quale esso mira, con le dovute conseguenze sul piano della responsabilità, anche alla luce della più moderna giurisprudenza di altre corti europee. E ciò, a prescindere dalla collocazione della norma stessa nel "progetto": se si ritiene che un simile rapporto non presupponga necessariamente, come non presupponeva in altri tempi, la presenza di una banca.

11. *Segue: il deposito bancario.* – Si è subito osservato che sarebbe opportuno regolare nel "progetto" in primo luogo il 'contratto di conto'. E' il supporto di tutti i rapporti bancari. Il conto corrente ne è una sottospecie – s'è detto - e il conto corrente bancario ne costituisce a sua volta una derivazione.

In realtà nel "questionario" sono state inserite le norme sul 'conto corrente' del codice italiano, nel quale esse precedono le norme sui contratti bancari. Ma per una ritenuta ragione di comodità, nel "questionario" le prime (art. 1823 ss.) sono state riprodotte collocandole in posizione attigua alle norme sulle operazioni bancarie in conto corrente (art. 1852 ss.). E ciò soprattutto per consentirne un confronto, specie per quanto concerne le due disposizioni che introducono le une e le altre. Com'è noto, invero, mentre nel conto corrente ordinario i crediti derivanti da reciproche rimesse sono considerati "inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto" (art. 1823), nel conto corrente bancario il titolare "può disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito" (art. 1852). Si è ritenuto quindi opportuno rinviare la discussione sui due "conti" per consentirne un esame coordinato. Ma si è colta l'occasione da taluno per proporre di non ignorare l'insegnamento della giurisprudenza francese, nel senso di disporre, in una norma eventualmente corrispondente all'art. 1823, che il saldo passivo è intoccabile sino alla chiusura del conto, mentre il saldo attivo è disponibile per il titolare del conto stesso e può essere oggetto di esecuzione forzata da parte dei terzi.

In tema di deposito bancario, la proposta di regolarlo non fra i contratti bancari, bensì nell'ambito delle sezioni relative al deposito (da suddividere in sottosezioni sul deposito ordinario, in albergo, nei magazzini generali, bancario, irregolare), ha suscitato

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

non poche obiezioni. Il deposito bancario, si è osservato, ha sue caratteristiche del tutto speciali: corrisponde ad una delle due attività fondamentali della banca, quella di raccogliere i fondi presso il pubblico. Essa ha sue peculiarità di funzione e di struttura, pur potendo tale raccolta avvenire attraverso altre vie. Comunque l'attività di raccolta dei fondi mediante i depositi è più complessa, e insomma diversa, da quella propria del deposito ordinario per custodia. Si è quindi ritenuto inadeguato, oltre che rischioso, assimilarla al deposito ordinario e anche al deposito irregolare, nonostante le relative assonanze.

Quanto alla norma di cui all'art. 1834, comma 1[23], si è chiesto taluno se sia il caso di dedicare un più adeguato riferimento alla distinzione fra depositi liberi e vincolati, e di introdurre inoltre nella formula qualche emendamento. Occorre anzitutto, s'è detto, aggiornare il testo tenendo conto dell'uso attuale del mezzo elettronico, dei cassieri automatici, ecc. Quanto all'accenno alla restituzione nelle stessa specie monetaria, si è discusso se la soluzione meriti di essere recepita nel nostro "progetto". E in senso favorevole si è osservato che, nel caso di deposito di monete straniere, la norma vale a non trasferire sulla banca il rischio delle eventuali variazioni del cambio, come ad avviso di taluno suggerirebbe un confronto fra la funzione del mutuo e quella del deposito bancario. Si è però rilevato che la norma stessa non può comunque assumere carattere imperativo; e quindi nulla vieterebbe di prevedere, con l'accordo delle parti, un trasferimento del rischio in capo alla banca (a prescindere dal problema che ciò determinerebbe nella qualificazione del rapporto). Ciò che potrebbe ottenersi con l'inciso "salvo patto contrario", prima o dopo le parole "nella stessa specie monetaria". E quanto alla norma del capoverso[24] dell'art. 1834, si è affermata la necessità di aggiornarla, consentendo i versamenti e i prelievi presso qualunque sede della banca, stante l'uso attuale del mezzo elettronico, a prescindere dalla

[23] Art. 1834, comma 1: "Nei depositi di una somma di danaro presso una banca, questa ne acquista la proprietà, ed è obbligata a restituirla nella stessa specie monetaria, alla scadenza del termine convenuto ovvero a richiesta del depositante, con la osservanza del periodo di preavviso stabilito dalle parti o dagli usi".

[24] Art. 1834, comma 2: "Salvo patto contrario, i versamenti e i prelevamenti si eseguono alla sede della banca presso la quale si è costituito il rapporto".

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

presenza dei cassieri automatici. Ma taluno ha addirittura proposto di sopprimere un simile capoverso.

Delle tre o, meglio, delle due norme successive tuttora in vigore - 1835, 1836 e 1837[25] - si è ritenuta necessaria quanto meno una riscrittura in chiave attuale, facendo perno sul concetto di conto, anziché su quello di documento cartaceo e, anzitutto, spostando la prova, per quanto riguarda le risultanze del conto, dalla "annotazione" alla contabilità elettronica della banca. Ma si è anche osservato che va affrontato adeguatamente il problema della "prova", come già avvertito in precedenza: dovendosi pensare alla possibilità per il cliente di ricorrere ad altri mezzi probatori. Si è altresì osservato che bisogna tenere conto di una certa prassi in atto in vari Paesi europei, nei quali il libretto di deposito è ancora in uso, ad esempio, per fornire una garanzia: come nei rapporti di locazione. Esso è inoltre assimilabile a un titolo di credito, tenuto conto anche della sua idoneità alla circolazione quando sia al portatore. Ooccorre quindi coordinarne la disciplina con quella dei titoli di credito.

Circa l'art. 1838[26] si è affermato anzitutto che esso è

---

[25] Art. 1835: "Se la banca rilascia un libretto di deposito a risparmio, i versamenti e i prelevamenti si devono annotare sul libretto. // Le annotazioni sul libretto, firmate dall'impiegato della banca che appare addetto al servizio, fanno piena prova nei rapporti tra banca e depositante". Art. 1836: "Se il libretto di deposito è pagabile al portatore, la banca che senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del possessore è liberata, anche se questi non è il depositante. // La stessa disposizione si applica nel caso in cui il libretto di deposito pagabile al portatore sia intestato al nome di una determinata persona o in altro modo contrassegnato. // Sono salve le disposizioni delle leggi speciali". Art. 1837 [norma abrogata dalla legge 8.3.1975 n. 39, che ha fissato la maggiore età "al compimento del diciottesimo anno"]: "Il minore che ha compiuto diciotto anni può validamente effettuare depositi a risparmio e fare prelevamenti sui medesimi, salva l'opposizione del suo legale rappresentante. // Il libretto di deposito a risparmio rilasciato al minore deve essere nominativo. // Sono salve le disposizioni delle leggi speciali" .

[26] Art. 1838: "La banca che assume il deposito di titoli in amministrazione deve custodire i titoli, esigerne gli interessi o i dividendi, verificare i sorteggi per l'attribuzione di premi o per il rimborso di capitale, curare le riscossioni per conto del depositante, e in generale provvedere alla tutela dei diritti inerenti ai titoli. Le somme riscorre devono essere accreditate al depositante. // Se per i titoli depositati si deve provvedere al versamento di decimi o si deve esercitare un diritto di opzione, la banca deve chiedere in tempo utile istruzioni al depositante e deve eseguirle, qualora abbia ricevuto i fondi all'uopo occorrenti. In mancanza di istruzioni, i diritti di opzione devono essere venduti per conto del depositante a mezzo di un agente di cambio. // Alla banca

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

ovviamente superato ove accenna all'obbligo della banca di "custodire i titoli", stante la loro avvenuta dematerializzazione. Ma la norma stessa riguarda un'attività in ordine alla quale occorre tenere il dovuto conto delle pertinenti disposizioni comunitarie; e se ne è inoltre auspicato un coordinamento con la disciplina che verrà dedicata all'attività finanziaria delle banche.

12. *Segue: l'apertura di credito bancario.* – La norma definitoria (art. 1842)[27] menziona soltanto l'obbligo della banca di fornire la disponibilità al cliente di una somma di denaro. Ma – si è sostenuto – il termine 'credito' ha, anzitutto in Francia, una portata più ampia di quello di prestito di denaro. Il prestito è, sì, una forma di credito; ma non ogni 'credito' è un prestito. La norma dovrebbe quindi essere attualizzata, consentendosi che la promessa unilaterale in essa menzionata abbia un contenuto multiplo: possa quindi dar luogo, oltre che ad un prestito di denaro, anche ad operazioni di sconto, di factoring, di leasing, di cessione di credito, di garanzia fideiussoria, ecc. Si dovrebbe quindi modificare la formula normativa, sostituendo le parole "una somma di danaro", con la locuzione "una prestazione di carattere finanziario" (o collocandosi la seconda dopo la prima).

La proposta ha suscitato alcune riserve. S'è osservato che in tal modo si rischia di alterare il rapporto, sconfinando in altre figure contrattuali. Il contratto di apertura di credito sembra avere una sua consolidata funzione e fisionomia, ben collaudata nella prassi: quella di rendere disponibili delle somme di denaro per il cliente. Lo sconto, il leasing, il factoring sono altrettante figure ben delineate, per le quali possono concepirsi altrettanti contratti preliminari senza dover previamente ricorrere all'apertura di credito. E sono pure operazioni che hanno una loro specifica individualità, e ragion d'essere, la cessione del credito, la fideiussione, il contratto autonomo di garanzia. Ma si è replicato che dell'apertura di credito può concepirsi – come avviene ad esempio in Francia, in assenza di una definizione legislativa – una nozione restrittiva o estensiva. Al

spetta un compenso nella misura stabilita dalla convenzione o dagli usi, nonché il rimborso delle spese necessarie da essa fatte. // E' nullo il patto col quale si esonera la banca dall'osservare, nella amministrazione dei titoli, l'ordinaria diligenza".

[27] Art. 1842: "L'apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato".

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

che si è obbiettato che in un codice come il nostro occorre tener conto, sì, delle esigenze del mercato, ma con la dovuta chiarezza, senza rischiare contaminazioni fra schemi consolidati, e sia pure senza escludere, ma entro dati limiti, le risorse dell'autonomia privata. Chi ha formulato la proposta di accogliere una nozione più ampia del contratto qui in esame ha però ammesso che la sua configurazione possa dipendere soprattutto dalle scelte di base che sono state adottate dal nostro gruppo di lavoro, circa il carattere e la funzione che questo codice deve assumere. E il problema è così rimasto sul tappeto.

Muovendo da un diverso angolo visuale, si è osservato che in Germania, con le riforme del diritto delle obbligazioni, il mutuo è diventato un contratto consensuale. Il (nuovo) § 488 comma 1 BGB dispone che "il mutuante è tenuto a mettere a disposizione del mutuatario una somma di denaro dell'ammontare pattuito…"[28]. Il contratto ha ormai natura obbligatoria, e nel progetto di riforma è denominato "*Kreditvertrag*": corrisponde quindi in senso funzionale all'apertura di credito italiana. Dunque la sorte di quest'ultima – ma di ciò non si è parlato al convegno – potrebbe dipendere dalla configurazione che possa assumere nel "progetto" il contratto di mutuo, sulla base delle proposte e discussioni accademiche intervenute nel 2005 [29].

Il quesito appena posto qui sopra non esercita alcuna interferenza nell'esame delle norme successive all'art. 1842, relative invero all'utilizzo delle somme messe a disposizione, alle garanzie richieste e alla cessazione del rapporto.

Della norma di cui all'art. 1843, comma 1[30] si è affermata da taluno l'inutilità, proponendosi di rimettere agli accordi fra le parti ogni modalità circa l'utilizzo del credito e la restituzione della somma ottenuta. Ma da altri si è invece ritenuto che sia necessario fissare dei criteri in proposito, per evitare abusi da parte della banca, ritenendosi che dovrebbero qui affrontarsi, sia pure entro i limiti consentiti in un codice, i problemi relativi alla cosiddetta 'commissione' e al corrispettivo, cioè agli interessi. La disciplina

---

[28] *„…wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen*".

[29] Cfr. M.L. RUFFINI GANDOLFI, *I contratti reali nella prospettiva di una codificazione europea: elementi per una discussione*, in *Jus*, 2006, p. 341 ss.

[30] Art. 1843, comma 1: "Se non è convenuto altrimenti, l'accreditato può utilizzare in più volte il credito, secondo le forme di uso, e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità".

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

dettata dal codice italiano, s'è detto da giuristi d'oltr'Alpe, è qui totalmente lacunosa sotto questo profilo, e tale da consentire ogni arbitrio.

Circa il comma 2 dell'art. 1843[31], si è ritenuto superabile il collegamento con la sede della banca presso la quale è stato costituito il rapporto, stanti le possibilità oggi offerte dall'uso del mezzo elettronico. E, a proposito della garanzia prevista dall'art. 1844[32], si è osservato che, essendo il capoverso del tutto a favore della banca, ragioni di equità dovrebbero suggerire di adottare un criterio di proporzionalità anche a favore del cliente, per l'ipotesi che la garanzia da lui fornita aumenti di valore. Si è anche avanzata la proposta, per un simile caso, di un eventuale dovere di rinegoziazione a carico della banca, ma senza ignorarsi l'ipotesi che quest'ultima abbia ecceduto, pretendendo dal cliente una garanzia eccessiva, e prevedendosi per un tal caso un rimedio che si ispiri al criterio di cui all'art. 170, comma 4 del Libro primo[33]. Comunque, si è aggiunto, nello stesso art. 1844 è inadeguato perché troppo generico l'appellativo di "insufficiente" riferito alla garanzia. Sarebbe il caso di tenere conto di ciò che prevede l'art. 1850[34] per l'anticipazione bancaria: il quale esige la diminuzione del valore della garanzia di almeno un decimo rispetto a quello che esso era al tempo della conclusione del contratto.

---

[31] Art. 1843, comma 2: "Salvo patto contrario, i prelevamenti e i versamenti si eseguono presso la sede della banca dove è costituito il rapporto".

[32] Art. 1844: "Se per l'apertura di credito è data una garanzia reale o personale, questa non si estingue prima della fine del rapporto per il solo fatto che l'accreditato cessa di essere debitore della banca. // Se la garanzia diviene insufficiente, la banca può chiedere un supplemento di garanzia o la sostituzione del garante. Se l'accreditato non ottempera alla richiesta, la banca può ridurre il credito proporzionalmente al diminuito valere della garanzia o recedere dal contratto".

[33] *CoEuCo*, art. 170 comma 4: "La prestazione prevista dalla clausola penale può essere equamente diminuita dal giudice se il debitore ha effettuato, e il creditore non ha rifiutato, un adempimento parziale, o se l'entità della prestazione prevista dalla clausola penale medesima è manifestamente eccessiva, avuto riguardo, in ogni caso, all'interesse che il creditore aveva per l'adempimento".

[34] Art. 1850: "Se il valore della garanzia diminuisce almeno di un decimo rispetto a quello che era al tempo del contratto, la banca può chiedere al debitore un supplemento di garanzia nei termini d'uso, con la diffida che, in mancanza, si procederà alla vendita dei titoli o delle merci dati in pegno. Se il debitore non ottempera alla richiesta, la banca può procedere alla vendita a norma del secondo e quarto comma dell'articolo 2797. // La banca ha diritto al rimborso immediato del residuo non soddisfatto col ricavato della vendita".

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Quanto al recesso, quale previsto dall'art. 1845[35], si è ritenuto da taluni che alcune espressioni ivi ricorrenti debbano essere omesse o modificate. A tutela del cliente, non dovrebbe prevedersi la possibilità di un "patto contrario" rispetto al divieto di recesso della banca prima della scadenza del termine qualora non ricorra una "giusta causa". Ma anche quest'ultima espressione è stata giudicata inadeguata, al pari dei termini di quindici giorni contenuti nei due commi successivi. Si è fatto richiamo alla locuzione ricorrente in una disposizione del *Code monétaire et financière français*, in tema di credito alle imprese[36]. In caso di apertura di credito, a tempo indeterminato o determinato, la banca – dispone la norma predetta – può interrompere il rapporto senza rispettare alcun termine di preavviso solo in caso di "*comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise*". Si è pure osservato che il termine minimo di preavviso fissato dalla *Commission bancaire* francese, per il recesso del rapporto, è
di sessanta giorni. In quest'ordine di idee si è menzionato, come congruo, il concetto di *Kreditwürdigkeit* che ricorre in Germania per consentire l'esercizio della facoltà di recesso della banca.

13. *Segue: l'anticipazione bancaria.* - Sull'opportunità di recepire nel nostro "progetto" la figura dell'anticipazione bancaria, quale regolata dagli artt. 1846-1851 del codice italiano, si sono manifestate delle perplessità. La norma introduttiva[37] non precisa, e sembra sottintendere, quale sia l'impegno che la banca si assume verso il cliente che dà titoli o merci in pegno. Solo nell'art. 1849 si accenna al rimborso delle "somme anticipate". Ma nella norma introduttiva medesima dovrebbe precisarsi se la banca deve solo tenere a disposizione, o deve dare in mutuo al cliente una somma, il cui

[35] Art. 1845: "Salvo patto contrario, la banca non può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se non per giusta causa. // Il recesso sospende immediatamente l'utilizzazione del credito, ma la banca deve concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e dei relativi accessori. // Se l'apertura di credito è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni".

[36] *Code mon. fin. fr.* art. L 313-12 .

[37] Art. 1846: "Nell'anticipazione bancaria su pegno di titoli o di merci, la banca non può disporre delle cose ricevute in pegno, se ha rilasciato un documento nel quale le cose stesso sono individuate. Il patto contrario deve essere provato per iscritto".

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

ammontare sia proporzionalmente corrispondente al valore delle garanzie. La Relazione ministeriale al codice italiano di questo contratto si limita ad affermare "l'autonomia giuridica di fronte all'apertura di credito", avendo esso "la precipua finalità di finanziare operazioni su merci"[38]. E in giurisprudenza, e così in dottrina, si tende a ritenere che esso costituisca una sottospecie, caratterizzata dalla necessaria presenza di una garanzia reale, dell'apertura di credito. Ma si ammette che talora l'operazione possa assumere il carattere del mutuo. E forse sarebbe il caso, se si recepisse nel "progetto" la figura stessa, di uscire da una tale incertezza.

Certo è che si tratta di un contratto che può dirsi quasi sconosciuto, come tale, in Germania. E' poco praticato in Spagna, salvo che dai produttori di frumento, ma specialmente negli scorsi decennî. Lo stesso s'è detto che avvenga in Francia. Maggior seguito – s'è detto - esso avrebbe in Inghilterra come '*advance against security*'. Ma si è osservato che per simili operazioni in vari Paesi europei si ricorre alla 'fiducia': in Francia è stata a questo riguardo emanata la legge 17 febbraio 2007. E, sempre in Francia, già nel 2006 è stata introdotta una riforma, in tema di garanzie, che ha abrogato il divieto del patto commissorio. Tutto ciò dovrebbe costituire forse oggetto di considerazione, in relazione al fatto che nell'art. 1846 si vieta alla banca di disporre delle cose ricevute in pegno che siano state "individuate" in un documento?

Per un'applicazione di particolare attualità di tale contratto, specie nella Pianura padana, si è fatto riferimento ad una legge degli anni Ottanta[39] che consente ai produttori di prosciutto di darli in pegno, ma trattenendoli presso di sé "ai soli fini della lavorazione", avendo la banca provveduto all'apposizione su ogni coscia "di uno speciale contrassegno indelebile, con la contestuale annotazione su appositi registri vidimati".

Ma si è anche espressa la raccomandazione di verificare quali siano gli usi e le esigenze attuali nelle varie aree dell'Europa dei ventisette. Si nota infatti nella letteratura che tale contratto avrebbe avuto nei secoli scorsi una certa diffusione in vari Paesi europei, portatovi dagli uomini d'affari italiani. In Germania veniva denominato '*Lombardgeschäft*'.

---

[38] *Rel. Min. Cod. Civ. It.*, n° 742.

[39] Legge 24 luglio 1985 n. 401, Norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata, artt. 1 e 2.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Tuttavia il risultato di una tale indagine non potrebbe esimerci dal disciplinare un tale contratto, anche se esso sopravviva soltanto in qualche Stato europeo, e non negli altri. Non si tratta infatti di imporlo a quei Paesi che non lo conoscono, essendo essi abituati ad avvalersi di figure contrattuali diverse. Si tratta invece di operare con la logica che ci ha sinora ispirato: quella, cioè, di consentire più soluzioni analoghe, o affini, per lo stesso problema: soluzioni che, anche per effetto del ben noto fenomeno della circolazione dei 'modelli', in futuro possano eventualmente trapiantarsi anche nei Paesi che sinora le hanno ignorate.

Circa le norme successive all'art. 1846, per l'ipotesi che esse vengano recepite nel "progetto", si è espresso l'avviso di tener conto ovviamente dell'avvenuta dematerializzazione dei titoli, anzitutto per quanto riguarda la custodia di essi ivi prevista, oltre che per le relative spese. E, quanto alla norma di cui all'art. 1850, si è ribadita l'opportunità di coordinarla con quella già esaminata di cui all'art. 1844 sull'apertura di credito.

14. *Segue: lo sconto bancario.* - La definizione contenuta nell'art. 1858[40] è stata ritenuta del tutto apprezzabile e adottabile nel "progetto", alla luce anche della configurazione che del contratto ha fatto certa dottrina, specificamente francese. Si è suggerito soltanto di menzionare "le spese" dell'operazione accanto all'interesse. Si è pure osservato, quanto al contenuto del contratto, che in alcuni Paesi l'operazione avviene solo su cambiali, in altri anche su crediti rappresentati da fatture: il che ha rafforzato la convinzione che la formula del codice italiano sia, anche per questa ragione, idonea. Poi il discorso si è esteso al *factoring*, soprattutto per considerarne l'aspetto 'rischio'. E in Germania si è osservato che l'*echter Factoringvertrag*, nel quale il *Factor* assume il rischio della riscossione dei crediti, è meno diffuso dell'*unechter Factoringvertrag*. Ma non è mancato un accenno alle formule più moderne: il *factoring with recourse*, che esclude il rischio, il *maturity factoring* e l'*agency factoring* che escludono, rispettivamente, il finanziamento e la gestione. E si è da tutti ritenuto che, nonostante le assonanze, i due contratti di sconto e di *factoring* debbano trovare una distinta disciplina e collocazione,

[40] Art. 1858: "Lo sconto è il contratto col quale la banca, previa deduzione dell'interesse, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto, mediante la cessione, salvo buon fine, del credito stesso".

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

salva un'eventuale contiguità, e a prescindere dai requisiti richiesti nell'impresa cessionaria dei crediti.

15. *Segue: le operazioni bancarie in conto corrente.* - L'imminente approssimarsi dell'ora di chiusura del convegno ha indotto a sciogliere una riserva formulata all'inizio della mattinata, e a concludere la discussione con l'esame della norma di cui all'art. 1852 sulle operazioni bancarie in conto corrente[41]. Circa il tenore di questa, nessuna riserva è stata formulata. Si sono invece espresse alcune considerazioni con riguardo alla norma di cui all'art. 1853[42]. In base ad essa, si compensano reciprocamente, in senso contabile, i saldi attivi e passivi dei vari rapporti o conti, anche se sono in monete differenti. Si è osservato che, mancando una regolamentazione legislativa, come in Francia, le intese fra banche e clienti - ammesse dalle giurisprudenze, sia pure con talune riserve - prevedono un accordo 'di fusione' e un accordo 'di compensazione'. Il primo riguarda dei conti diversi, che sono però considerati tali da costituire delle semplici rubriche di un conto unico, e che funzionano quindi in modo interdipendente. Tutto si svolge, insomma, come se fosse stato aperto un solo conto: già per il calcolo degli interessi dovuti, per accertare se un assegno è stato emesso con una copertura sufficiente, ecc. L'accordo 'di compensazione' concerne, invece, dei conti che sono giuridicamente distinti, ma in relazione ai quali la banca può in qualunque momento, per sua garanzia, decidere che il saldo passivo di un conto venga compensato col saldo attivo di un altro. Tuttavia, sino che essa non adotti una tale decisione, i conti funzionano in modo indipendente. Quale che possa essere l'insegnamento di tale prassi, si è comunque ritenuto che debba considerarsi il problema relativo al fatto che un conto risulti intestato ad un solo soggetto, quale ad esempio un professionista, che sia però amministratore di soggetti distinti, ad esempio di diversi condomìni. Si è così richiamata l'attenzione su un conto nel quale confluiscano dei rapporti che

[41] Art. 1852: "Qualora il deposito, l'apertura di credito o altre operazioni bancarie siano regolate in conto corrente, il correntista può disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito, salva l'osservanza del termine di preavviso eventualmente pattuito".

[42] Art. 1853: "Se tra la banca e il correntista esistono più rapporti o più conti, ancorché in monete differenti, i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente, salvo patto contrario".

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

non devono fondersi, e, in relazione ai quali, sia necessario prevedere un regime '*ad hoc*'.

Quanto alla norma di cui all'art. 1832[43], sull'approvazione del conto, che è considerata applicabile alle operazioni bancarie in conto corrente dalla norma di cui all'art. 1857, si sono richiamati i rilievi effettuati il primo giorno del convegno, circa la ritenuta necessità di regolare congruamente l'onere della prova, a tutela del cliente.

16. *Verso l'ora di chiusura del convegno.* - La durata dei nostri periodici convegni è naturalmente legata agli impegni accademici e professionali dei congressisti, che non possono venir meno agli appuntamenti indifferibili con aerei e treni.

All'imbrunire di domenica 26 novembre, il convegno si è concluso con la reciproca promessa di continuarlo a distanza, dalle rispettive residenze: anzitutto con l'ausilio del mezzo elettronico. E ciò per affrontare i problemi che sono rimasti sul tappeto, o che sono stati appena sfiorati, o neppure affrontati. A ciò è dovuta la 'relazione interlocutoria' della quale ho riferito alcuni dei punti salienti.

Molti interrogativi sono stati infatti sollevati, senza che ad essi venisse data una risposta tale da convogliare una unanime adesione. Questi interrogativi sono stati accennati nelle pagine che precedono; e non è il caso qui di ripeterli, chiedendo non solo ai congressisti, ma anche a tutti i giuristi e ai pratici che siano interessati a questi problemi, dei contributi volti a consentire di individuare risposte congrue e accettabili.

Nella 'relazione introduttiva' avevo chiesto fra l'altro indicazioni e proposte circa le nuove figure di contratti bancari oltre a quelli contenuti nel "questionario". Ed alcuni li avevo indicati, riferendomi inoltre alla molteplicità delle operazioni finanziarie delle banche. Avevo anche chiesto di considerare quale applicazione nel "progetto" debba farsi delle norme del Trattato di Roma e sue

[43] Art. 1832: "L'estratto conto trasmesso da un correntista all'altro s'intende approvato, se non è contestato nel termine pattuito o in quello usuale, o altrimenti nel termine che può ritenersi congruo secondo le circostanze. // L'approvazione del conto non preclude il diritto di impugnarlo per errori di scritturazione o di calcolo, per omissioni o per duplicazioni. L'impugnazione deve essere proposta, sotto pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di ricezione dell'estratto conto relativo alla liquidazione di chiusura, che deve essere spedito per mezzo di raccomandata".

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

successive modifiche, nonchè delle recenti disposizioni comunitarie e nazionali in tema di obblighi di comportamento e di organizzazione, nell'ambito di eventuali disposizioni introduttive o finali, comuni alle operazioni bancarie, finanziarie e assicurative. In realtà, quanto alla nuova fenomenologia, nel corso della discussione si è parlato, oltre che della banca *on line*, da me menzionata, anche della banca per telefono, della banca senza sportello che opera con i conti di altre banche. E fra le varie possibili operazioni si è parlato della banca che colloca prodotti finanziari, che conclude contratti di investimento, che si dedica alla intermediazione mobiliare e immobiliare, alla gestione di patrimoni, alla collocazione in partecipazione di rapporti di natura assicurativa, ecc. Ma proposte circa una eventuale regolamentazione non sono state formulate – non c'è stato il tempo – neppure con riferimento all'elenco di cui alla Direttiva europea sopra menzionata del 14 giugno 2006.

E quindi queste proposte sono attese.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático emérito de Derecho civil - Universidad de Zaragoza

PROPUESTAS SOBRE LOS CONTRATOS BANCARIOS (ARTS. 1813-1860 COD.CIV.IT.)

Noción del mutuo
(Art. 1813)

Creo que aquí sólo debe ser regulado el préstamo de dinero. El mutuo de otras cosas fungibles no es un contrato financiero. Quizá podría calificarse de una modalidad de donación.

Intereses
(Art. 1815)

Se dice que el interés es un requisito natural del mutuo. Yo creo que en la economía moderna es algo más. Hay que analizar las circunstancias del contrato. Se puede pactar un interés expreso, tácito o implícito. Si las partes manifiestan no querer pagar intereses (o pagarlos sólo si se puede), entiendo que se trataría de un contrato a título gratuito, cercano también a la donación. En la práctica social el mutuo sin interés se pacta exclusivamente en el ámbito familiar o amistoso, fuera de las operaciones bancarias.

En cuanto a la cuantía de los intereses sería conveniente una remisión al "delito de usura", que no ha desaparecido de los Códigos penales.

El mutuo gratuito, en cuanto a su existencia, debe ser interpretado restrictivamente.

En cuanto a la duración del mutuo, siendo clara la voluntad de las partes, la ley no debiera intervenir.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

En cuanto a la falta de pago de los intereses (art. 1820) nuestro Proyecto debe acoger e integrar las abundante normas comunitarias sobre cláusulas abusivas. La consolidada jurisprudencia de los Tribunales de Luxemburgo debe ser incluida aquí.
En resumen: además de las propuestas modificadoras de los arts. 1813 y 1815, se propone eliminar los arts. 1818, 1819 y 1821. A primera vista el art. 1822 parece ser también contrario al interés del consumidor de mutuos bancarios, pero en todo caso su lugar adecuado debiera ser la Parte general.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE

Con frecuencia lo conciertan los Bancos y los empresarios, pero actualmente se ha generalizado a todos los ciudadanos, por lo cual puede considerársele un "típico contrato bancario". Considero que los arts. 1823-1833, constituyen un buen punto de partida para nuestro Proyecto.

Propongo, en consecuencia, que puedan concertarlo todos los ciudadanos, empresarios o no, personas físicas o jurídicas.

No tengo claro si sería oportuno remitirse en este contrato a las nuevas modalidades electrónicas de contratar así como de las sucesivas vicisitudes que experimente durante su vida hasta su extinción.

También me planteo si sería oportuno hablar aquí de la costumbre como fuente del derecho. El art. 1831 ofrecería apoyo cuando habla de los "usos" en el cierre de una cuenta corriente, pues convendría aclarar si se trata de una norma jurídica y no de la simple práctica de los negocios (como ocurre en el art. 1832). También cabría aludir a esta fuente del derecho en el art. 1823.

SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN BANCARIA

Me permito añadir algunas normas complementarias a propósito del deber de información en los contratos bancarios. Creo conveniente introducir algunas reglas generales especialmente aplicables al deber de información que recae sobre los Bancos al intervenir en la contratación con los particulares.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Pudiera decirse que el tema últimamente está de moda originando un complejo de reglas, sea de naturaleza europea o estatal, de carácter administrativo, civil, mercantil, procesal o fiscal etc. El resultado ha sido que, en la práctica de los negocios, es frecuente que la Banca "sumerja" al cliente con tal abundancia de información, que no produzcan una información real, clara, transparente, verdadera y comprensible.

Propongo que se incluya aquí una norma clara y precisa, que desarrolle y complemente el art. 7 del Proyecto, teniendo en cuenta las circunstancias personales del contratante (edad, estudios, profesión, experiencia, etc), así como la naturaleza del contrato o de la cláusula. Añadiéndose que el deber de información no se entenderá cumplido por el mero hecho de acompañar al contrato extensas y minuciosas explicaciones por escrito, si el contratante no está en disposición de leerlas y comprenderlas. La norma debiera especificar las consecuencias del incumplimiento, cumplimiento imperfecto o, incluso, aparente o engañoso.

DEPÓSITOS BANCARIOS Y CAJAS DE SEGURIDAD

Consideraciones generales

Sobre el problema de base, es decir, mantener, modificar, integrar, o regular de modo diverso; o bien, eliminar la regulación de los arts. 1834 ss. del Ccit., mi propuesta sería la siguiente: El depósito bancario y el servicio de las cajas de seguridad deben regularse en secciones especiales del título concerniente al contrato de depósito. Los demás contratos, es decir, la apertura de crédito bancario, la anticipación bancaria, las operaciones de cuenta corriente, y el descuento bancario, debieran incluirse en el título correspondiente a los contratos bancarios.

En el derecho español la materia se regula íntegramente por el Derecho mercantil, aunque no siempre hay adecuada normativa legal, sino que tiene carácter reglamentario, o está contenida en cláusulas de las condiciones generales, además de usos y costumbres.

La doctrina española no es unánime a la hora de afrontar la problemática.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Depósito bancario

Considero que el lugar apropiado para su regulación sería el contrato de depósito, en una sección especial.
Art. 1834, pár. 1º. Propongo que la regla general sea que los pagos y cobros puedan realizarse en cualquiera de las sedes y filiales del banco, salvo pacto en contrario.
Artículos 1834 y 1835. Estoy conforme con su redacción.
Art. 1838. Añadiré a los deberes del banco la norma siguiente: "poner en práctica todos los actos necesarios para que los efectos depositados conserven su valor".
Añadiré en su párrafo primero la norma siguiente: "En defecto de instrucciones, los derechos de opción deben ser vendidos por cuenta del depositante al mejor precio, por medio de un agente habilitado".
En todo caso creo que debe mantenerse un amplio debate sobre el contenido de este precepto.

Servicio bancario de las cajas de seguridad

A mi juicio la regulación de este contrato en el Ccit se plantea con excesiva prudencia. No se define el contrato, y se habla de *servicio bancario*. En el futuro cabe imaginar que tales servicios se ofrezcan por otros empresarios. El problema fundamental sigue siendo el de fijar el *quantum* de la responsabilidad de la banca en caso de incumplimiento.
En cuanto a su naturaleza creo posible calificarlo de carácter mixto (depósito y arrendamiento), bilateral, oneroso, consensual, de adhesión y de ejecución continuada.
La vigente regulación italiana me parece insuficiente. Considero que las obligaciones del banco deben incluir la de garantizar la integridad de la estructura y cierre de la caja puesta a disposición del cliente, de modo que debe mantenerse en estado de servir del modo más eficaz para el uso al que está destinada, garantizando el acceso del cliente a la caja de seguridad en la forma y tiempo conforme a los acuerdos. El banco asume una obligación de resultado, y en caso de incumplimiento se presume su culpa, salvo la prueba del caso fortuito y de la fuerza mayor.
Son obligaciones del cliente las de atenerse a las instrucciones contenidas en el contrato y, en particular, la prohibición de

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

introducir en las cajas de seguridad las cosas específicamente prohibidas. Si el cliente pacta un contrato de seguro sobre las cosas depositadas en la misma, deberá remitir una copia del mismo al banco en el plazo de una semana.
Propongo mantener los arts. 1840 y 1841, incluyendo en el caso de apertura forzosa la sospecha fundada de haberse introducido cosas prohibidas.

APÉNDICE

A propósito de los contratos financieros

Me permito insistir en la necesidad de eliminar cualquier referencia a los contratos de seguro como objeto posible de la actividad financiera. Los especialistas afirman claramente que esta modalidad de "productos financieros" que actualmente los bancos ofrecen habitualmente -también en España- a sus clientes, desnaturalizan en realidad el contrato de seguro. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo español la esencia de cada contrato no depende del nombre que las partes han utilizado al redactarlo, sino de su verdadera naturaleza. Si nuestro Proyecto europeo regulase el contrato de seguro al tratar de la actividad financiera de los bancos, habría una interna contradicción cuando unos capítulos posteriores regulasen también los contratos de garantía.

A propósito de la fianza

En derecho español el *contrat de cautionement,* denominado *fianza* se regula en los arts. 1822-1856 del Cc, en los arts. 439-442 del Ccom, y en la Ley sobre la letra de cambio con el nombre de *aval.*
Las especialidades de la "*fianza mercantil*" son las siguientes:
Art. 439 Ccom: La fianza mercantil tiene siempre por objeto obligaciones de esta naturaleza.
Art. 440 Ccom: Para ser válida la fianza mercantil deberá redactarse por escrito.
Art. 441 Ccom: Salvo pacto en contrario, la fianza mercantil será gratuita.
Art. 442 Ccom : En cuanto a la duración se acepta la fianza por tiempo indefinido, en cuyo caso permanecerán en vigor hasta su extinción todos los efectos del contrato principal, salvo pacto en contrario.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

***

En mi opinión el contrato de fianza podrá aplicarse a cualquier clase o tipo de obligación.
La regulación básica de la fianza en derecho español figura en el Cc y se inspira, sobre todo, en el Ccfr. Por esta razón se identifica con las líneas generales de la regulación de este contrato en el Ccit de 1942. Me limitaré a destacar solamente algunos aspectos.
Estoy de acuerdo con la definición del art. 1936.
El carácter "deliberado" de la manifestación de voluntad del art. 1937, se afirma igualmente en el art. 1828 Ccesp.
El art. 1944 Ccit difiere, en cambio, del art. 1830 Ccesp. Este último establece el carácter subsidiario de la obligación de fianza, salvo pacto en contrario. Prefiero la solución española, aunque no me opondría a la solución italiana.
En el art. 1843, regla 5ª Ccesp se encuentra una regla consagrada a la duración indefinida de la fianza, *que no existe en derecho italiano*. En tal caso el deudor de la fianza puede obtener la liberación de su obligación, transcurrido el plazo de diez años, salvo si la obligación garantizada es de tal naturaleza que no pueda ser cumplida sino en un plazo superior al mismo.
En consecuencia propongo añadir un nuevo párrafo al art. 1956 Ccit del siguiente tenor:
"Si la fianza es indefinida, el deudor de este contrato podrá obtener su liberación a menos que la obligación garantizada sólo pueda realizarse en un plazo superior".

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. CHRISTIAN LARROUMET
Professeur à l'Université " Panthéon-Assas", Paris

UN CERTAIN NOMBRE DE GENERALITES

Je me bornerais à un certain nombre de généralités.

Le contrat bancaire est évidemment au départ un contrat conclu entre un établissement de crédit ou de façon plus générale un établissement financier et sa clientèle. Ceci étant, nous avons toute une typologie de contrats qui sont tout à fait différents les uns des autres. Il est évident qu'ils sont loin d'obéir à l'unité.

On peut dire qu'il y a à peu près quatre sortes de contrats bancaires, mais il peut y avoir aussi des contrats particuliers qui n'arrivent pas à s'intégrer dans ces quatre groupes de contrats bancaires. Je pense en particulier à un contrat qui présente un grand intérêt pour beaucoup de gens, qui est le contrat de location de coffre-fort. On a discuté en droit français et dans les autres systèmes juridiques la nature de ce contrat, pour savoir si c'était un véritable contrat de location ou de dépôt, etc. La discussion peut être ouverte là-dessus: quelle est la meilleure solution à lui consacrer? C'est un contrat tout de même très particulier, et qui n'entre pas dans la typologie des grands contrats bancaires.

Alors quels sont ces grands contrats bancaires? Le premier d'entre eux c'est évidemment le contrat de dépôt, ce que nous appelons un contrat de dépôt irrégulier, puisqu'il s'agit d'un dépôt qui porte sur des sommes d'argent et par conséquent des choses que l'on appelle dans nos systèmes juridiques, tout au moins en droit continental, des choses fongibles. C'est un contrat qui revêt une importance considérable. Il ne s'agit plus toujours du clivage professionnel-consommateur. On a dépassé cela, et c'est le clivage professionnel au sens de celui qui sait et du profane qui, lui, ne sait pas. Je ne suis pas certain que le contrat de dépôt de ce point de vue-là présente un grand intérêt : qu'il s'agisse d'un dépôt en banque effectué par une grande société multinationale, ou qu'il s'agisse d'un dépôt effectué par un particulier, je pense que les problèmes sont communs.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Il peut y avoir un second type de contrats bancaires, qui a une importance absolument considérable, et là alors le clivage profane-non profane, appelons-le comme cela, revêt une importance considérable: c'est à propos des opérations de crédit. C'est la deuxième activité bancaire. Ce sont évidemment les crédits par signature, c'est-à-dire la banque qui s'engage en tant que garant indépendant, en tant que caution, et toute autre forme de garantie encore. Ce qui correspond à ce qu'on appelle le crédit par signature, parce qu'il y a n'a pas de décaissement immédiat de la part de l'établissement de crédit, et puis nous avons les opérations de crédit dans lesquelles il y a un décaissement, c'est le crédit de caisse, de trésorerie, etc. Il y a là effectivement beaucoup de choses à dire. C'est une des opérations parmi les plus importantes accomplies avec les banques soit avec des profanes, soit avec des gens qui ne sont pas des profanes et qui sont avertis des opérations financières.

Nous avons ensuite, je pense mais peut-être que vous pourrez compléter la liste que je dresse, les opérations d'investissement. Ces opérations d'investissement sont très importantes; là encore on va retrouver le clivage profane-non profane, dans la mesure où ce sont des établissements financiers qui proposent des produits financiers à leur clientèle, et qui par conséquent peuvent engager une responsabilité qui pourrait quelquefois être lourde. Elles revêtent une importance considérable à l'heure actuelle. Il faut voir une chose, c'est que dans les droits des différents pays européens, ces opérations d'investissement, quand ces pays ont des lois propres à la banque, ne sont en général pas traitées. On vous parle des opérations de crédit, de dépôt en banque, par exemple, mais on ne parle pas beaucoup des opérations d'investissement, alors que dans celles-ci les banques jouent un rôle absolument considérable, à travers des contrats qu'elles concluent avec leur clientèle.

Et puis enfin, en liaison avec les opérations d'investissement, et qui constituent en quelque sorte la suite des opérations d'investissement, mais qui peuvent être aussi indépendant de celles-ci, ce sont les opérations de gestion. On est là dans un cadre juridique qui est le plus souvent le contrat de mandat. La banque étant mandataire pour la gestion de son client. Effectivement, quand elle propose des opérations d'investissement, ensuite elle propose aussi la gestion.

Cela nous mène à une question qui s'est posée en droit français et qui a été réglée depuis pas mal de temps dans d'autres

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

systèmes juridiques. C'est le problème de la fiducie, qui existe dans le droit italien notamment. Vous connaissez cette opération, mais il s'agit de savoir si la fiducie n'est pas le meilleur à la fois des instruments pour réaliser une opération d'investissement et aussi dans le cadre d'une opération de gestion, nous avons à l'heure actuelle un certain nombre de législations de par le monde qui ont consacré comme instrument d'investissement et comme instrument de gestion une fiducie inspirée du trust anglais ou américain. La fiducie, lorsqu'elle est inspirée du trust, ne peut pas correspondre exactement au trust, parce que dans les systèmes de droit continental, nous ne connaissons absolument pas la distinction entre le *legal ownership* et le *beneficiary ownership*, donc il faut remplacer par autre chose, le patrimoine d'affectation et d'autres notions de ce genre. Mais on peut arriver à consacrer cela. Je dois émettre une profonde opinion qui est une profonde déception sur une nouvelle loi française du mois de février de cette année 2007, qui a introduit en France une fiducie qui se veut inspirée du trust, mais qui est tout à fait loin de correspondre à ce que doit être une véritable loi inspirée du trust, et par exemple, je fais appel à la loi luxembourgeoise. Cette loi est une loi tout à fait excellente sur la fiducie inspirée du trust, et dans beaucoup d'autres systèmes des pays d'Amérique latine on connaît – je pense en particulier au droit colombien – une fiducie qui est vraiment remarquable. Le législateur français a complètement dénaturée cette fiducie inspirée du trust. Mais je crois qu'il faut prendre garde à une chose quand on parle de fiducie: c'est qu'il faut distinguer totalement la fiducie qui est inspirée du trust, qui est un instrument d'investissement ou de gestion, de la fiducie qui peut servir à titre de garantie, et à ce moment-là, c'est la *fiducia* du droit romain qui doit constituer le modèle, parce que la fiducie trust n'a strictement rien à voir avec ceci.

Je me bornerai à ces observations. Je ne veux pas aller plus loin. Je voulais simplement dresser une sorte de cadre général de ce que sont selon moi – je pense que cela n'a rien d'original de toute façon – les opérations ou les contrats bancaires.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. ALEXANDRE LICHOROWICZ
Professeur à l'Université de Krakow

QUELQUES MOTS SUR LES CONTRATS BANCAIRES

1) Le contrat de crédit bancaire dans le code civil polonais est une copie assez fidèle des solutions italiennes en question. Alors vos idées critiques concernant les solutions italiennes seront généralement actuelles aussi en ce qui concerne le code civil polonais.

2) Les solutions polonaises sont généralement critiqués pour le manqué des garanties suffisantes et efficaces contre l'usure. Alors dans la régulation communautaire a venir il faut les renforcer et améliorer.

3) Aussi est généralement critiquée une assimetrie entre les droits des parts de contrat de crédit bancaire en cas qu'elles manquent à ses devoirs contractuelles. Une violation de contrat (même légère) de la part de créancier donne a la banque le droit de résilier le contrat immédiatement, ça qui peut mener à la banqueroute de créancier. En revanche le créancier, dans la même situation, s'il a le régime légal d'entrepreneur (imprenditore), n'a pas le droit de résilier le contrat.

4) Pratiquement tous le clients des banques se plaignent que les tarifs bancaires sont très élevés, montés autoritairement par les banques. On postule chez nous généralement que les tarifs bancaires soient soumis au contrôle d'Etat.

5) La tendance générale entre les civilistes polonais va (comme d'habitude) vers le postulat que la régulation du contrat de crédit bancaire doit être de plus possible proche aux solutions générales du code civil concernant le prêt.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. ANGELO LUMINOSO
Professore emerito dell'Università di Cagliari

APPUNTI PER UNA DISCIPLINA DEI CONTRATTI BANCARI E DEGLI ALTRI CONTRATTI FINANZIARI NEL PROGETTO DI UN CODICE EUROPEO DEI CONTRATTI

SOMMARIO: 1. Considerazioni di carattere generale sui "contratti finanziari". – 2. La disciplina dei contratti bancari: le figure negoziali da regolare. – 3. Impostazione sistematica per una disciplina dei contratti bancari. – 4. Proposte per la disciplina di alcuni contratti bancari. – 5. Brevi cenni sulla disciplina dei contratti di intermediazione finanziaria. – 6. Brevissimi cenni sulla disciplina dei contratti di assicurazione.

1. *Considerazioni di carattere generale sui "contratti finanziari".*

Alcuni componenti dell'Accademia, in occasione dell'ultimo incontro del novembre 2007, hanno proposto di collocare le norme sui contratti bancari nell'ambito della disciplina di una più ampia categoria di contratti, ossia dei "*contratti finanziari*"; categoria che dovrebbe ricomprendere, al proprio interno, i *contratti bancari*, i *contratti di intermediazione finanziaria* e i *contratti assicurativi*.

Altri componenti dell'Accademia hanno manifestato perplessità in ordine a siffatta sistemazione della materia, e in particolare in merito alla effettiva autonomia e utilità di una categoria così estesa come quella dei "contratti finanziari".

Desidero precisare *in limine* che a me sembra più corretta la seconda opinione.

Le ragioni che, a mio avviso, sconsigliano di recepire nel progetto di codice europeo dei contratti – che d'ora in poi chiamerò *Co.eu.co.* – una categoria così ampia, quale quella dei "contratti finanziari", e di regolarla unitariamente, sono in vero molteplici.

In primo luogo va rilevato che una categoria giuridica in tanto ha senso in quanto tutte le figure in essa ricomprese siano caratterizzate da omogeneità strutturale e soprattutto funzionale e siano altresì connotate da una disciplina fondamentalmente

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

uniforme. Non mi sembra che ciò si possa predicare per la presunta categoria dei "contratti finanziari", dal momento che i caratteri, gli elementi tipologici e soprattutto la funzione giuridico-economica di ciascuno dei tre gruppi di contratti più sopra ricordati sono differenti tra loro in modo significativo, così da sconsigliare l'inclusione degli stessi nell'ambito di un'unica categoria normativa e concettuale.

D'altro canto, anche le Direttive europee presuppongono una netta distinzione tra contratti bancari, contratti di intermediazione finanziaria e contratti assicurativi, come è dimostrato dalla circostanza che il legislatore comunitario ha emanato tre distinti corpi di normative per ognuno dei tre gruppi di contratti. Direttive che, anche sul terreno dell'attuazione che hanno ricevuto nei singoli Paesi dell'Unione Europea, si sono tradotte in discipline nazionali assai diverse tra loro. In Italia, ad esempio, la disciplina dei contratti bancari è contenuta nel TUB del 1993, quella dei contratti di intermediazione finanziaria nel TUF del 1998 e quella dei contratti di assicurazione nel codice delle assicurazioni private del 2005 oltre che nel codice civile.

La disciplina europea non conosce quindi un'ampia e unitaria categoria di "contratti finanziari", ma distinte e differenti normative sui contratti bancari, sui contratti di intermediazione finanziaria e sui contratti assicurativi. L'unica previsione unitaria si ritrova – per quanto mi consta – nella direttiva 2002/65/CE (recepita in Italia con il d.lgs. 19.8.2005, n. 190, le cui norme sono state di recente abrogate con d.lgs. 23.10.2007 n. 221 che le ha trasfuse nel codice del consumo agli artt. 67 *bis*-67 *vicies bis*) in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, nella quale compare la nozione di «servizio finanziario», che viene definito come «qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale». Come è facile constatare, siffatta nozione unitaria si riferisce non ad una categoria di contratti, bensì di servizi, e viene data dal legislatore non per dettare una comune disciplina dei relativi contratti ma solo per assoggettare a regole uniformi la commercializzazione a distanza di siffatti servizi.

Gli elementi che legano i tre gruppi di contratti appaiono quindi troppo tenui per giustificare la loro inclusione in un'unica categoria concettuale e normativa. D'altro canto, la sola esigenza di dettare una serie di norme di carattere generale comuni ai contratti bancari, a quelli di intermediazione finanziaria e a quelli assicurativi, mi

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

sembra ragione troppo tenue per giustificare la costruzione di una categoria unitaria di "contratti finanziari". Oltre tutto siffatte norme comuni dovrebbero essere costituite sostanzialmente dalle regole di comportamento del contraente professionale (ossia delle banche, degli intermediari finanziari e degli assicuratori). Regole concernenti quindi, più che i contratti, i soggetti dell'attività contrattuale, e per ciò stesso poco significative per giustificare una categoria normativa unitaria.

Tali regole di comportamento possono desumersi dalla disciplina comunitaria che detta alcune norme generali di contenuto similare, in materia di diligenza, correttezza, trasparenza e informazione, con riferimento alle operazioni finanziarie (art. 21 TUF) e ai contratti di assicurazione (art. 183 del codice delle assicurazioni private) [norme che, con gli opportuni adattamenti, potrebbero estendersi anche alle banche].

In conclusione, alla luce delle considerazioni che precedono, ritengo che la soluzione più corretta sia quella di non contemplare, nell'ambito del *Co.eu.co.*, una categoria unitaria di "contratti finanziari", e di disciplinare partitamente i contratti bancari, i contratti di intermediazione finanziaria e i contratti di assicurazione.

Altro discorso è quello concernente l'opportunità (o meno) di inserire alcune norme generali di collegamento tra le norme sui contratti e gli obiettivi generali della Comunità Europea, quali risultano dal trattato di Roma. A tal proposito, fra le varie soluzioni prospettate nel corso dei lavori dell'Accademia, mi parrebbe da preferire quella di inserire tali norme nel Libro Primo, con riferimento a tutti i contratti.

2. *La disciplina dei contratti bancari: le figure negoziali da regolare.*

Come è emerso dalle discussioni svoltesi in occasione delle ultime riunioni dell'Accademia, il progetto di *Co.eu.co.*, nella parte concernente i contratti bancari, dovrà regolare quei contratti che sono posti in essere dalle banche nell'esercizio della vera e propria attività bancaria, ovverosia dell'attività di raccolta del risparmio, di esercizio del credito e di gestione e messa a disposizione del pubblico dei mezzi di pagamento (oltre alle cosiddette operazioni accessorie).

Sarei quindi dell'opinione che non debbano essere incluse tra i contratti bancari le seguenti figure negoziali.

a) Il *factoring*, il *forfaiting* e le cessioni di crediti commerciali pro soluto o pro solvendo, non potendo tali operazioni definirsi bancarie né

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

dal punto di vista soggettivo (in quanto le stesse sono poste in essere anche da soggetti non bancari) nè dal punto di vista oggettivo (in quanto esse non costituiscono esplicazione di attività essenzialmente bancaria, nel senso sopra indicato). Ricordo che a tali contratti si fa cenno nell'art. 122 comma 8° del libro primo del *Co.eu.co.*, per escludere l'applicazione delle norme generali sulla cessione del credito.

b) Il *leasing* finanziario, poichè anch'esso, pur avendo una generica finalità creditizia, non ha nè la struttura, nè la funzione giuridico-economica nè i caratteri soggettivi propri delle operazioni bancarie. Ed infatti tale contratto è regolato nel libro secondo del *Co.eu.co.*, all'art. 212 (tra i tipi particolari di vendita).

c) Le operazioni del *credito al consumo*, poichè si tratta di contratti che sul piano tipologico assumono le configurazioni più varie (vendite a prezzo dilazionato, mutui, anticipazioni, etc.) e che dal punto di vista soggettivo non sempre sono poste in essere da banche. Le operazioni di credito al consumo andrebbero regolate in quella parte del *Co.eu.co.* che disciplinerà i diritti dei consumatori, e le corrispondenti disposizioni dovrebbero tener conto, ovviamente, delle direttive europee in materia (v. per l'Italia gli artt. da 121 a 126 e 127 TUB e altresì gli artt. 40-43 codice del consumo).

d) *I mutui di scopo o contratti di finanziamento* (ossia quei contratti affini al mutuo, caratterizzati dalla presenza di un obbligo del sovvenuto di destinare le somme ricevute in prestito al raggiungimento di determinate finalità indicate nel contratto o nella legge) la cui disciplina, a mio avviso, andrebbe inserita, nell'ambito del *Co.eu.co.* nella stessa area del mutuo (ricordo che in Italia tali figure negoziali sono regolate, seppur frammentariamente, agli artt. 38-48 TUB e che molte figure speciali collegate a operazioni di finanziamento agevolato con fondi pubblici risultano disciplinate in svariate leggi speciali di settore).

Ovviamente, anche alla luce delle considerazioni svolte nel precedente par. 1, occorrerà tenere nettamente distinti dai contratti bancari tutti i contratti che compongono il variegato arcipelago dei contratti di intermediazione finanziaria, ed in particolare i contratti di investimento, la collocazione dei titoli, la gestione di portafogli individuali, le gestioni collettive di patrimoni (come, ad es., i fondi comuni di investimento e i fondi pensioni) nonché la consulenza in materia di intermediazione finanziaria. Come dirò meglio più avanti (nel § 5), tali contratti, anche quando conclusi dalle banche, dovrebbero sottrarsi all'applicazione delle disposizioni generali sui

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

contratti bancari per rimanere assoggettati soltanto a quelle in materia di intermediazione finanziaria.
Vorrei infine notare che sono d'accordo con coloro, tra i componenti dell'Accademia, i quali ritengono che, in linea di principio, la disciplina dei contratti bancari – non diversamente da quella dei contratti di intermediazione finanziaria e da quella dei contratti di assicurazione – debba essere omogenea per tutti i clienti, senza distinguere, in linea di massima, tra cliente consumatore e cliente non consumatore. Questa è, d'altro canto, l'impostazione seguita nelle direttive europee, le quali sono ispirate al principio della tutela del cliente, sia egli consumatore o professionista, dovendosi il medesimo considerare per definizione "parte debole" del contratto. Ovviamente, ciò non esclude che a favore del cliente consumatore possano e debbano trovare applicazione tutte le discipline di carattere generale che si riferiscono al consumatore in quanto tale, quali, in particolare, le norme sulle clausole abusive e sulla contrattazione a distanza di servizi finanziari (ed eventualmente le altre normative che in Italia sono dettate dal codice del consumo).

3. *Impostazione sistematica per una disciplina dei contratti bancari.*
Tenendo conto di quanto è emerso nell'ultimo incontro tenutosi nel novembre 2007 e facendo tesoro delle indicazioni fornite dal collega prof. Giuseppe Terranova, propongo qui di seguito un possibile schema della disciplina dei contratti bancari per il progetto di *Co.eu.co.*

DEI CONTRATTI BANCARI

CAPO I
DISPOSIZIONI GENERALI

Sezione I
Regole di comportamento e norme comuni ai contratti bancari

Sezione II
Intermediazione nei pagamenti e Bancomat

CAPO II
DEI SINGOLI CONTRATTI

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Sezione I
Del conto corrente bancario
Sezione II
Dei contratti di prestito

§ 1
Dell'apertura di credito

§ 2
Dell'anticipazione bancaria

§ 3
Dello sconto

Sezione III
Dei contratti di deposito bancario

§ 1
Del deposito in generale

§ 2
Del deposito a risparmio

Sezione IV
Delle operazioni accessorie

§ 1
Deposito a custodia e in amministrazione

§ 2
Cassette di sicurezza

Sezione V
Delle garanzie bancarie

§ 1
Credito documentario

§ 2
Garanzie autonome

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

§ 3
Fideiussione omnibus

4. *Proposte per la disciplina di alcuni contratti bancari.*

Ho predisposto uno schema di disciplina che potrebbe costituire un testo base o di partenza per la discussione intorno alle disposizioni generali in tema di contratti bancari e alle norme relative a taluni contratti bancari (più precisamente, il conto corrente bancario, l'apertura di credito, l'anticipazione bancaria, i depositi bancari, e infine il deposito a custodia e amministrazione di titoli).

CONTRATTI BANCARI
CAPO I
DISPOSIZIONI GENERALI

SEZIONE I
REGOLE DI COMPORTAMENTO E NORME COMUNI AI CONTRATTI BANCARI

Art. 1. *Ambito di applicazione.*

1. Le disposizioni del presente capo si applicano ai contratti con i quali la banca svolge la raccolta del risparmio, l'esercizio del credito, la gestione e messa a disposizione del pubblico dei mezzi di pagamento e alle operazioni accessorie.

2. Le presenti disposizioni non si applicano ai contratti con i quali la banca eserciti attività di investimento e di collocamento di prodotti finanziari, che restano regolati dalla disciplina in materia di contratti di intermediazione finanziaria.

Art. 2. *Diligenza e riservatezza nei rapporti con il cliente.*

1. Nei rapporti con la clientela, la banca è tenuta ad osservare l'obbligo di diligenza in modo adeguato alla sua condizione professionale ed alla natura dell'attività svolta.

2. La banca è altresì obbligata a non rivelare a terzi qualunque notizia relativa al cliente di cui sia a conoscenza in dipendenza dei rapporti con lo stesso.

Art. 3. *Correttezza della banca, trasparenza delle condizioni contrattuali e informazione al cliente.*

1. Nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti la banca deve:

a) comportarsi con correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati;

b) fornire al cliente informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

implicazioni della specifica operazione o del servizio;
c) acquisire dai clienti le informazioni necessarie e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati;
d) organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse, e in situazioni di conflitto agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento;
e) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi;
f) svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.

Art. 4. *Pubblicità.*

1. In ciascun locale aperto al pubblico sono pubblicizzati i tassi di interesse, i prezzi, le spese per le comunicazioni alla clientela e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora, le valute applicate per l'imputazione degli interessi e le commissioni applicabili.
2. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio.
3. Non può essere fatto rinvio agli usi.

Art. 5. *Forma e contenuto dei contratti.*

1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.
2. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.
3. I contratti indicano il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.
4. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonchè quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati.
5. In caso di inosservanza del comma 3 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 4 si applicano:
a) il tasso nominale minimo e quello massimo stabilito annualmente dalle competenti autorità nazionali, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

passive;
b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto.

Art. 6. *Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali.*

1. Nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo.
2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente in modo chiaro, con un preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro sessanta giorni. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente applicate.
3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente.
4. Le variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente.
5. In ogni caso, nei contratti di durata, il cliente ha sempre la facoltà di recedere dal contratto senza penalità e senza spese di chiusura.

Art. 7. *Comunicazioni periodiche alla clientela.*

1. Nei contratti di durata la banca fornisce per iscritto al cliente, alla scadenza del contratto e comunque almeno una volta all'anno, una comunicazione completa e chiara in merito allo svolgimento del rapporto.
2. Per i rapporti regolati in conto corrente l'estratto conto è inviato al cliente con periodicità annuale o, a scelta del cliente, con periodicità semestrale, trimestrale o mensile.
3. In mancanza di opposizione scritta da parte del cliente, gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati trascorsi sessanta giorni dal ricevi-

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

mento.
4. Il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni.

Art. 8. *Decorrenza delle valute e modalità di calcolo degli interessi.*
1. Gli interessi sui versamenti di denaro, di assegni circolari emessi dalla stessa banca e di assegni bancari tratti sulla stessa succursale presso la quale viene effettuato il versamento sono conteggiati con la valuta del giorno in cui è effettuato il versamento e sono dovuti fino a quello del prelevamento.
2. E' ammessa, salvo patto contrario, la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, purché nelle operazioni in conto corrente sia in ogni caso assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori.

Art. 9. *Esecuzione degli incarichi conferiti dal cliente.*
1. La banca è tenuta ad eseguire gli incarichi conferiti dal cliente nei limiti e secondo le previsioni contenute nei singoli contratti dallo stesso conclusi; tuttavia, qualora ricorra un giustificato motivo, essa può rifiutarsi di assumere l'incarico richiesto, dandone tempestiva comunicazione al cliente.
2. Se l'incarico deve eseguirsi in una piazza dove non esistono filiali della banca, questa può incaricare dell'esecuzione un'altra banca o un suo corrispondente.
3. Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nell'esecuzione degli incarichi conferiti spetta alla banca l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta.

Art. 10. *Cointestazione del rapporto con facoltà di utilizzo disgiunto.*
1. Quando il rapporto è intestato a più persone con facoltà per le medesime di compiere operazioni separatamente, le disposizioni relative al rapporto possono essere effettuate da ciascun intestatario separatamente con liberazione della banca anche nei confronti degli altri cointestatari. Tale facol-

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

tà di disposizione separata può essere modificata o revocata solo su conformi istruzioni impartite per iscritto alla banca da tutti i cointestatari. L'estinzione del rapporto può invece essere effettuata su richiesta anche di uno solo di essi, che dovrà avvertirne tempestivamente gli altri.
2. I cointestatari rispondono in solido fra loro nei confronti della banca per tutte le obbligazioni che si venissero a creare, per qualsiasi ragione, anche per atto o fatto di un solo cointestatario, ed in particolare per le obbligazioni derivanti da concessioni di fido.
3. Nel caso di morte o di sopravvenuta incapacità di agire di uno dei cointestatari del rapporto, ciascuno degli altri conserva il diritto di disporre separatamente del rapporto. Analogamente lo conservano gli eredi del cointestatario, che sono però tenuti ad esercitarlo tutti insieme, ed il legale rappresentante dell'incapace.
4. Nei casi di cui al precedente comma, la banca deve pretendere il concorso di tutti i cointestatari e degli eventuali eredi e del legale rappresentante dell'incapace, quando da uno di essi le sia stata comunicata opposizione anche solo con lettera raccomandata.

Art. 11. *Compensazione.*
1. Quando esistono tra la banca ed il cliente più rapporti o più conti, anche di deposito, ancorché intrattenuti presso dipendenze estere della banca medesima, ha luogo la compensazione di legge, salvo patto contrario.
2. Qualora il cliente sia divenuto insolvente o abbia diminuito per fatto proprio le garanzie che aveva dato o non ha dato le garanzie che aveva promesso ovvero al prodursi di eventi che incidano negativamente sulla situazione patrimoniale, finanziaria o economica del cliente in modo tale da porre palesemente in pericolo il recupero del credito vantato dalla banca, quest'ultima ha altresì il diritto di valersi della compensazione ancorché i crediti, seppure in monete differenti, non siano liquidi ed esigibili, fermo restando che dell'intervenuta compensazione la banca dovrà dare pronta comunicazione scritta al cliente.
3. Se il rapporto è intestato a più persone, la banca ha facoltà di valersi dei diritti di cui al comma precedente ed all'art. 9, sino a concorrenza

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

dell'intero credito risultante, anche nei confronti di conti e di rapporti di pertinenza di alcuni soltanto dei cointestatari.
4. La facoltà di compensazione prevista nel comma 2 è esclusa nei rapporti in cui il cliente riveste la qualità di consumatore.

Art. 12. *Pegno irregolare a garanzia di crediti della banca.*
1. Se a garanzia di uno o più crediti sono vincolati depositi di denaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammon-tare dei crediti garantiti. L'eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti.

Art. 13. *Inderogabilità.*
Le disposizioni degli artt. 1, 2, 3, 4, 5 e 11 comma 4 sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente.
Le nullità previste nel presente capo possono essere fatte valere solo dal cliente.

SEZIONE II
INTERMEDIAZIONE NEI PAGAMENTI E BANCOMAT
(Omissis)

CAPO II
DEI SINGOLI CONTRATTI
SEZIONE I
DEL CONTO CORRENTE BANCARIO

Art. 1. *Nozione.*
Il conto corrente bancario è il contratto col quale la banca e il cliente sottopongono le reciproche ragioni di credito e debito derivanti dalle operazioni eseguite – ed in particolare quelle conseguenti al servizio di cassa di cui la banca viene incaricata dal correntista – ad un regolamento compensativo automatico che dà origine a saldi a credito o a debito dell'una e dell'altra parte.

Art. 2. *Movimentazione del conto.*
Salva espressa istruzione contraria, tutti i rapporti di dare ed avere fra banca e cliente titolare del conto, ivi compresi i bonifici e le rimesse disposti da terzi a favore del cliente medesimo, sono regolati con annotazioni sul conto stesso.

Art. 3. *Disponibilità dei saldi.*
Il correntista può disporre in

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito e la banca può richiedere in qualsiasi momento il pagamento delle somme risultanti a debito del cliente, salva l'osservanza del termine di preavviso eventualmente pattuito.

Art. 4. *Convenzione di assegno.*

1. Salvo patto contrario, il correntista può utilizzare le somme disponibili nel conto anche mediante assegni.
2. In caso di revoca della convenzione di assegno e comunque con la cessazione del rapporto di conto corrente, i moduli non utilizzati devono essere restituiti alla banca.
3. In caso di prelievi a mezzo carta Bancomat, la banca, qualora per effetto di tali prelievi le disponibilità in conto fossero divenute insufficienti, non provvede al pagamento degli eventuali assegni che ad essa pervengano per il pagamento, ancorché tratti in data anteriore a quella del prelievo ed ancorché del prelievo stesso la banca abbia notizia successivamente al ricevimento o alla presentazione degli assegni stessi, ma prima dell'addebito in conto.
4. In caso di pluralità di conti, la banca non è tenuta al pagamento degli assegni tratti su conti con disponibilità insufficiente, indipendentemente dalla eventuale presenza di fondi su altri conti di pertinenza dello stesso cliente, salvo che quest'ultimo e gli altri eventuali cointestatari del conto sul quale esistano le relative disponibilità diano istruzioni specifiche anteriormente alla presentazione del titolo.

Art. 5. *Versamento in conto di assegni, altri titoli e ricevute.*

1. L'importo degli assegni bancari e circolari è accreditato con riserva di verifica e salvo buon fine.
2. La valuta applicata all'accreditamento determina unicamente la decorrenza degli interessi senza conferire al cliente la disponibilità dell'importo.
3. In caso di mancato incasso, la banca ha la scelta di agire contro il traente o l'emittente dell'assegno per la riscossione o di stornare la partita dal conto e ciò anche dopo avere infruttuosamente esercitato le azioni contro il debitore.
4. Qualora la banca consenta al cliente di utilizzare anticipatamente, in tutto o in parte, l'importo degli assegni prima del loro

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

incasso, ciò non comporterà affidamento di analoghe concessioni per il futuro.
5. Le disposizioni dei precedenti commi si applicano anche nei casi di versamento nel conto di altri titoli di credito, effetti, ricevute e documenti similari.

Art. 6. *Utilizzabilità del conto corrente in valuta estera.*
Qualora la banca consenta di utilizzare il conto per operazioni da effettuarsi in valuta estera, il cliente può eseguire i versamenti in una qualsiasi delle valute concordate ed il relativo controvalore viene accreditato in conto, previa conversione nella valuta nazionale o in quella diversa, al cambio corrente pubblicizzato dalla banca alla data di esecuzione della disposizione. Con analoghe modalità sono accreditati in conto i bonifici e le rimesse disposti da terzi e sono altresì regolate tutte le disposizioni in valuta estera impartite dal cliente con qualsiasi mezzo, ivi compresi gli assegni.

Art. 7. *Chiusura periodica del conto e regolamento degli interessi, commissioni e spese.*
1. I rapporti di dare e avere relativi al conto, sia esso debitore o creditore, vengono regolati con identica periodicità, portando in conto, con valuta «data di regolamento» dell'operazione, gli interessi, le commissioni e le spese ed applicando le trattenute fiscali di legge. Il saldo risultante dalla chiusura periodica così calcolato produce interessi secondo le medesime modalità.
2. Il saldo risultante a seguito della chiusura definitiva del conto produce interessi nella misura pattuita; su questi interessi non è consentita la capitalizzazione periodica.
3. Gli assegni pagati dalla banca vengono addebitati sul conto del cliente con la valuta pattuita.

Art. 8. *Approvazione dell'estratto conto.*
1. L'invio degli estratti conto, ad ogni chiusura contabile, sarà effettuato dalla banca, entro il termine di giorni trenta dalla data di chiusura.
2. Salvo quanto previsto al successivo comma 3, trascorsi sessanta giorni dalla data di ricevimento degli estratti conto senza che sia pervenuto alla banca per iscritto un reclamo, gli estratti si intendono approvati dal cliente.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

3. Nel caso di errori di scritturazione o di calcolo, omissioni o duplicazioni di partite, il cliente può esigere la rettifica di tali errori od omissioni nonché l'accreditamento con pari valuta degli importi erroneamente addebitati od omessi entro il termine di prescrizione ordinaria decorrente dalla data di ricevimento dell'estratto conto; siffatta rettifica od accreditamento è fatta senza spese per il cliente. Entro il medesimo termine di prescrizione ed a decorrere dalla data di invio dell'estratto la banca può ripetere quanto dovuto per le stesse causali e per indebiti accreditamenti.

Art. 9. *Recesso.*

1. Il cliente e la banca hanno diritto di recedere dal contratto in qualsiasi momento, dandone comunicazione per iscritto e con il preavviso di quindici giorni nonché di esigere il pagamento di tutto quanto sia reciprocamente dovuto. Il recesso dal contratto provoca la chiusura del conto.
2. Qualora la banca receda dal contratto, essa non è tenuta ad eseguire gli ordini ricevuti ed a pagare gli assegni tratti con data posteriore a quella in cui il recesso è divenuto operante con la comunicazione di recesso di cui al comma precedente.
3. Qualora il cliente receda dal contratto, la banca, fermo restando quanto disposto al comma precedente, non è tenuta ad eseguire gli ordini ricevuti ed a pagare gli assegni tratti con la data anteriore a quella in cui il recesso è divenuto operante con la comunicazione di recesso di cui al comma 1 del presente articolo.

SEZIONE II
DEI CONTRATTI DI PRESTITO

§ 1
Dell'apertura di credito

Art. 1. *Nozione.*

1. L'apertura di credito bancario è il contratto con il quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di denaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato, e l'accreditato si obbliga a corrispondere gli interessi sulle somma utilizzate e l'eventuale commissione nella misura convenuta per le somme messe a disposizione.

Art. 2. *Utilizzazione del credito.*

1. Se non è convenuto

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

altrimenti, l'accreditato può utilizzare in più volte il credito, secondo le forme d'uso, e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità.
2. Si applica in ogni caso quanto disposto dall'art. 6 in tema di conto corrente bancario.

Art. 3. *Prelevamenti e versamenti.*
Salvo patto contrario, i prelevamenti e i versamenti si eseguono presso la sede della banca dove è costituito il rapporto. Tale disposizione non si applica ove sia convenuta la possibilità di eseguire versamenti o prelievi in via elettronica.

Art. 4. *Garanzia.*
1. Se per l'apertura di credito è data una garanzia reale o personale, questa non si estingue prima della fine del rapporto per il solo fatto che l'accreditato cessa di essere debitore verso la banca.
2. Se la garanzia diviene insufficiente, la banca può chiedere un supplemento di garanzia o la sostituzione del garante. Se l'accreditato non ottempera alla richiesta, la banca può ridurre il credito proporzionalmente al diminuito valore della garanzia o recedere dal contratto.
3. Se la garanzia aumenta di valore, la banca, su richiesta del garante, è tenuta a rinegoziare la garanzia per ricondurla a valori equi. In caso di rifiuto o ritardo ingiustificato, può chiedersi al giudice la riduzione della garanzia.

Art. 5. *Recesso.*
1. Nell'apertura di credito concessa a tempo indeterminato sia la banca che il cliente hanno facoltà di recedere in qualsiasi momento, con un preavviso di almeno quindici giorni; per il pagamento di quanto dovuto spetta al cliente un termine non inferiore a sessanta giorni. Ove ricorra un giustificato motivo la banca ha facoltà di recedere o di ridurre l'affidamento con effetto immediato; per il pagamento di quanto dovuto spetta al cliente un termine non inferiore a dieci giorni.
2. Se l'apertura di credito è concessa a tempo determinato il cliente alla scadenza è tenuto ad eseguire il pagamento di quanto da lui dovuto anche senza un'espressa richiesta della banca. La banca ha facoltà di recedere o di ridurre l'affidamento con effetto immediato qualora ricorra un giustificato

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

motivo; per il pagamento di quanto dovuto spetta al cliente un preavviso non inferiore dieci giorni.
3. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui ai precedenti commi, ricorre un giustificato motivo quando l'accreditato ponga in essere un comportamento gravemente pregiudizievole per la banca, o quando il cliente è divenuto insolvente ovvero abbia diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesso.
4. In ogni caso il recesso ha l'effetto di sospendere immediatamente l'utilizzazione del credito.

§ 2
Dell'anticipazione bancaria

Art. 1. *Disponibilità delle cose date in pegno.*
Nell'anticipazione bancaria su pegno di titoli o di merci, la banca non può disporre delle cose ricevute in pegno, se ha rilasciato un documento nel quale le cose stesse sono individuate. Il patto contrario deve essere provato per iscritto.

Art. 2. *Assicurazione delle merci.*
La banca deve provvedere per conto del cliente all'assicurazione delle merci date in pegno, se, per la natura, il valore o l'ubicazione di esse, l'assicurazione risponde alle cautele d'uso.

Art. 3. *Spese di custodia.*
La banca, oltre al corrispettivo dovutole, ha diritto al rimborso delle spese occorse per la custodia delle merci e dei titoli, salvo che ne abbia acquistato la disponibilità.

Art. 4. *Ritiro dei titoli o delle merci.*
Il contraente, anche prima della scadenza del contratto, può ritirare in parte i titoli o le merci dati in pegno, previo rimborso proporzionale delle somme anticipate e delle altre somme spettanti alla banca secondo la disposizione dell'articolo precedente, salvo che il credito residuo risulti insufficientemente garantito.

Art. 5. *Diminuzione della garanzia.*
1. Se il valore della garanzia diminuisce almeno di un decimo rispetto a quello che era al tempo del contratto, la banca può

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

chiedere al debitore un supplemento di garanzia nei termini d'uso, con la diffida che, in mancanza, si procederà alla vendita dei titoli o delle merci dati in pegno. Se il debitore non ottempera alla richiesta, la banca può procedere alla vendita secondo le norme dettate per la vendita dei beni dati in pegno.
2. La banca ha diritto al rimborso immediato del residuo non soddisfatto col ricavato della vendita.

§ 3
Dello sconto
(Omissis)

SEZIONE III
DEI CONTRATTI DI DEPOSITO BANCARIO

§ 1
Del deposito in generale

Art. 1. *Depositi di danaro.*
1. Nei depositi di una somma di danaro presso una banca questa ne acquista la proprietà ed è obbligata a restituirla nella stessa specie monetaria alla scadenza del termine convenuto ovvero a richiesta del depositante con la osservanza del periodo di preavviso stabilito dalle parti o dagli usi.
2. Salvo patto contrario, i versamenti e i prelevamenti si eseguono alla sede della banca presso la quale si è costituito il rapporto.
3. Al cliente spettano gli interessi sulle somme depositate, salvo diverso patto scritto.

§ 2
Del deposito a risparmio

Art. 1. *Libretto di deposito a risparmio.*
1. Se la banca rilascia un libretto di deposito a risparmio, i versamenti e i prelevamenti si devono annotare sul libretto.
2. I versamenti ed i prelevamenti si eseguono in contanti su presentazione del libretto.
3. E' in facoltà della banca consentire anche il versamento di somme di denaro diverse dal contante, portate da assegni o da altri titoli similari. In tal caso l'annotazione a credito sul libretto si intende condizionata all'effettivo pagamento del titolo da parte della banca trattaria o emittente.
4. Le annotazioni sul libretto, firmate dall'impiegato della banca che appare addetto al servizio, fanno fede nei rapporti tra

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

banca e depositante, fino a prova contraria.

Art. 2. *Libretto di deposito al portatore.*

1. Se il libretto di deposito è pagabile al portatore, la banca che senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del possessore è liberata, anche se questi non è il depositante.
2. La stessa disposizione si applica nel caso in cui il libretto di deposito pagabile al portatore sia intestato al nome di una determinata persona o in altro modo contrassegnato.

Art. 3. *Libretto di deposito nominativo.*

1. Se il libretto è nominativo i rimborsi possono essere eseguiti solo all'intestatario del libretto od al suo rappresentante.
2. In caso di intestazione del libretto a più persone anche con facoltà per ciascuna di compiere operazioni separatamente, tale facoltà può essere modificata o revocata solo su istruzioni impartite per iscritto da tutti i cointestatari.
3. Qualora la banca lo consenta, il libretto può essere sottoposto a particolari condizioni di vincolo a richiesta del depositante.

Art. 4. *Smarrimento, distruzione o sottrazione del libretto.*

In caso di smarrimento, distruzione o sottrazione del libretto, l'intestatario o chiunque dimostri di averne diritto, deve farne denuncia scritta alla sede emittente, conformandosi alle disposizioni delle leggi nazionali in materia di ammortamento.

SEZIONE IV
DELLE OPERAZIONI ACCESSORIE

§ 1
Deposito a custodia e in amministrazione

Art. 1. *Deposito a custodia e in amministrazione di titoli e strumenti finanziari*

1. Oggetto del deposito possono essere sia titoli e strumenti finanziari cartacei che strumenti finanziari dematerializzati.
2. Nel caso di deposito di titoli e strumenti finanziari cartacei il cliente deve presentare gli stessi accompagnati da una distinta contenente gli estremi necessari per identificarli.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

3. Quando oggetto del deposito sono strumenti finanziari dematerializzati, il servizio viene espletato in regime di gestione accentrata, attraverso appositi centri. In tal caso la registrazione contabile dello strumento finanziario a nome del cliente presso la banca depositaria prende luogo della consegna dello strumento medesimo ed il trasferimento, ritiro o vincolo relativo allo stesso potranno trovare attuazione solo attraverso apposite iscrizioni contabili, restando escluso il rilascio di certificati in forma cartacea.

Art. 2. *Svolgimento del servizio.*
1. La banca custodisce i titoli cartacei e mantiene la registrazione contabile degli strumenti finanziari dematerializzati, esige gli interessi e i dividendi, verifica i sorteggi per l'attribuzione dei premi o per il rimborso del capitale, cura le riscossioni per conto del cliente ed il rinnovo del foglio cedole, ed in generale provvede alla tutela dei diritti inerenti ai titoli stessi.
2. Nel caso di esercizio del diritto di opzione, conversione dei titoli o versamento di decimi, la banca chiede istruzioni al cliente e provvede all'esecuzione dell'operazione soltanto a seguito di ordine scritto e previo versamento dei fondi occorrenti. In mancanza di istruzioni in tempo utile, la banca depositaria cura la vendita dei diritti di opzione per conto del cliente stesso.

Art. 3. *Compenso e spese.*
Alla banca spetta un compenso per il servizio nella misura stabilita dal contratto o dagli usi, nonché il rimborso delle spese sostenute.

§ 2
Cassette di sicurezza
(Omissis)

5. *Brevi cenni sulla disciplina dei contratti di intermediazione finanziaria.*

L'esigenza, più volte segnalata durante i lavori dell'Accademia, di predisporre un codice che sia completo ed esaustivo riguardo all'intera materia contrattuale, suggerisce certamente di inserire nel *Co.eu.co* apposite norme in materia di contratti di intermediazione

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

finanziaria.
Non ci si può peraltro nascondere che sussiste qualche difficoltà ad elaborare una disciplina di tali contratti, e ciò a causa non solo dell'estremo tecnicismo della materia, ma soprattutto dello stretto collegamento esistente tra regole sui contratti finanziari, regole sui soggetti, regole sul mercato e regole sugli strumenti finanziari. Regole tutte che appaiono miscelate senza ordine nelle direttive comunitarie in materia ed anche nel nostro TUF del 1998. Separare e selezionare le regole sui contratti dalle altre regole testè richiamate si rivela quindi opera non del tutto agevole.

Ad ogni buon conto, non sembra dubitabile – come pure è emerso nell'ultimo incontro dei componenti dell'Accademia – che si debba far riferimento, come base per la discussione, soprattutto ai contenuti delle direttive europee in materia (v. in particolare le Direttive tradottesi, per quanto riguarda l'Italia, nel TUF del 1998 e successive modificazioni, tra le quali in particolare la recente direttiva Mifid 2004/39/CE recepita in Italia con d.lgs. 17.9.2007, n. 164).
In relazione a queste norme merita di essere sottolineato che in sede comunitaria si è stabilito che alle operazioni di investimento finanziario compiute dalle banche non si applicano le norme generali sulle operazioni bancarie, rimanendo tali operazioni assoggettate unicamente alla disciplina generale sui contratti di investimento. Tale regola viene enunciata nel nostro diritto interno all'art. 23 comma 4° del TUF (recentemente modificato dal d.lgs. 17.9.2007 n. 164 attuativo della citata direttiva MIFID 2004/39/CE) il quale prevede che le disposizioni del titolo VI, capo I del T.U. bancario, ossia gli artt. 115-120 che dettano regole generali sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, non si applicano, tra l'altro, ai servizi e alle attività di investimento e al collocamento di prodotti finanziari.
In estrema sintesi, le disposizioni da tenere presenti, ai fini dell'elaborazione della disciplina dei contratti in questione, dovrebbero essere soprattutto le seguenti:

1) le norme generali sulle operazioni finanziarie, (v. gli artt. 21, 22, 23, 25*bis*, 30, 31 e 32 TUF, nonchè il regolamento Consob dell'1.7.1998, n. 11522);

2) le norme su singole operazioni, ed in particolare:

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

2.1) le norme sui *contratti di investimento* elencati all'art. 1 comma 5 del TUF e costituiti, in particolare [a seguito della direttiva Mifid], dalla negoziazione per conto proprio, esecuzione di ordini per conto dei clienti, sottoscrizione e/o collocamento di strumenti finanziari (con o senza assunzione a fermo o assunzione a garanzia nei confronti dell'emittente), gestione di portafogli individuale, ricezione e trasmissione di ordini, consulenza in materia di investimenti, gestione di sistemi multilaterali di negoziazione.

2.2) le norme sui contratti relativi alla *gestione collettiva del risparmio* ed in particolare ai *fondi comuni di investimento* (artt. 34 segg. TUF).

A tali norme devono aggiungersi quelle, di cui si è discusso nell'ultimo incontro del novembre 2007, relative alla vendita a termine di titoli di credito (artt. 1531-1536 cod. civ.) e al riporto (artt. 1548, 1551 cod. civ.), che a mio avviso potrebbero essere utilizzate, con qualche modifica, per la disciplina delle *negoziazioni a termine di strumenti finanziari.*

6. *Brevissimi cenni sulla disciplina dei contratti di assicurazione.*
Per quanto attiene ai contratti di assicurazione, non v'ha dubbio che essi dovranno essere regolati dal *Co.eu.co.*, ma prevalentemente con disposizioni di carattere generale.

La disciplina utilizzabile, come base per una ricognizione delle future regole del *Co.eu.co.* in tema di assicurazione, potrebbe essere, oltre quella di cui agli artt. da 1882 a 1932 cod. civ., quella dettata da una serie di disposizioni contenute nel recente codice delle assicurazioni (approvato con d.lgs. 7.9.2005, n. 209), ed in particolare dalle disposizioni di cui agli artt. da 165 a 187 che fissano norme di carattere generale (v. spec. artt. 166, 167, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187), dalle norme integrative della disciplina del codice civile (v. spec. artt. 168 e 169), e dalle norme che prevedono figure contrattuali nuove, quale, in particolare, il contratto di capitalizzazione (art. 179).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. AGUSTÍN LUNA SERRANO
Professore dell'Università di Barcellona

DEI DEPOSITI BANCARI

Sezione I – *Dei depositi bancari*

Art. 1834, comma 2° (addizione)

Salvo patto contrario, i versamenti e i prelevamenti si eseguono, anche, nel caso, tramite i loro cassieri automatici, negli uffici della banca presso la quale si è costituito il rapporto.

Art. 1835, comma 2° (addizione)

Le annotazioni sul libretto, firmato dall'impiegato della banca che appare addetto al servizio o stampate meccanicamente dai relativi impianti, fanno piena prova nei rapporti tra banca e depositante.

Art. 1838 (addizione di un nuovo ultimo comma)

Le norme contenute nei commi precedenti sono da applicare, se del caso, ai contratti bancari di amministrazione di valori non rappresentati dai titoli, ma annotati negli appositi registri dalle entità predisposte a questo scopo e di gestione di patrimoni mobiliari.

Sezione III. – *Dell'apertura di credito bancario*

Art. 1843, comma 2° (addizione)

Salvo patto contrario, i versamenti e prelevamenti si eseguono, anche nel caso, tramite i loro cassieri automatici, negli uffici della banca presso la quale si è costituito il rapporto.

Sezione V. – *Delle operazioni bancarie in conto corrente*

Art. 1852, comma 2° (addizione di un nuovo comma)

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Nelle operazioni bancarie regolate in conto corrente diverse dall'apertura di credito gli addebiti sono da considerarsi, salvo patto contrario, come operazioni di credito.

Sezione VI. – *Dello sconto bancario*

Art. 1858 (addizione)
….quale la banca, previa deduzione dell'interesse e delle spese di gestione, anticipa il cliente….

(Proposta di una sezione preliminare nuova)

Sezione (preliminare o I, "nuova"). – *Disposizioni generali*

Art. A. – Normativa di applicazione (o simile)

1. Salve le norme comunitarie e nazionali, ivi comprese quelle di protezione dei consumatori, i contratti concernenti le operazioni bancarie sono regolati dagli articoli che seguono e dalle pattuizioni dei contraenti.
2. La stessa regolamentazione è da applicare ai contratti nei quali una banca autorizzi alla controparte l'utilizzo di carte di credito, di debito o di garanzia di assegno e quello dei propri cassieri automatici, per quanto concerne l'utilizzo predetto. La banca può modificare le modalità dell'utilizzo della carta, mediante preavviso nel termine stabilito nel contratto, potendo il titolare della carta, entro lo stesso termine, recedere dal contratto.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. HARVEY MCGREGOR
Professor in the University of Edinburgh - Queen's Counsel
formerly Warden of New College, Oxford

BRIEF REMARKS ON SOME RULES OF THE ITALIAN CODE

These observations were expressed orally during a work session, and then in written note form, in relation to the following rules of the Italian Civil Code (adopted here as « road map») contained in the « Questionnaire».

BOOK 4 – TITLE III – CHAPTER I – SECTION II - § 5

DEFERRED SALE OF SECURITIES

1531
Interest and dividends go to the buyer, voting rights to the seller but only if the sale concerns shares (*'pour objet des actions'*). Where then are the voting rights in other sales of securities? The implication must be that they are with the buyer.
Can the parties agree differently on voting rights? - compare 1550 below where they can. Indeed should not all of the rights under these contracts be subject to the parties agreeing otherwise (*sauf convention contraire*)? They certainly would be in English and Scots law.

1532
Option rights also go to the buyer.

1533
Lotteries for prizes or refunds go to the buyer; rules for achieving this.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

1534
Payments on the securities are to be made by the buyer, through the seller.

1535
How the price is to be adjusted where the parties agree an extension of the deferral is not, to my mind, very clearly stated here.

1536
References here to 1515 and 1516 are simply references to the normal measure of damages for breach by the buyer and breach by the seller respectively. This is precisely as with us, both in England and in Scotland.

BOOK 4 – TITLE III – CHAPTER II

RIPORTO[1]

1548
We do not have this contract as a specific contract with its own name. In practice we have it just as a hedging contract, in our terminology.

What needs to be made clear is that the increase or decrease, if any, of the price at later reimbursement is to be decided at the time the contract is made.

1549
Straightforward, and agreed. But need it be said?

1550
Why are the accessory rights and obligations in the transferor and not the transferee? Is this not inconsistent with 1531-34 being made to apply? For these articles provide that all rights (other than voting on share sales) shall go to the transferee buyer. And is the right to vote different from the other rights in belonging to the transferee?

[1] For the terms 'continuation' and 'contango', see G. TAGI, *Lo Stock Exchange di Londra ed il mercato mobiliare britannico*, Milano 1963, p. 124, note 7.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

1551
I do not understand about *both* parties not performing within the established time limit. There is a performance by both parties at the beginning (transfer and payment) and a performance by both parties at the end (transfer and payment).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. MARINO PERASSI
Avvocato Generale della Banca d'Italia(*)
Professore dell'Università "LUISS - Guido Carli", Roma.

IL CREDITO IMMOBILIARE FRA VIGILANZA BANCARIA E DIRITTO PRIVATO NELLA PROSPETTIVA EUROPEA

1. Il settore dei contratti bancari risente, come pochi altri, delle influenze legate alla specifica natura dell'oggetto della prestazione.

Trattandosi di negozi conclusi con un banchiere e concernenti il risparmio che il banchiere stesso amministra, il loro regime è stato costantemente oggetto di particolari attenzioni da parte del legislatore. Al di là delle tipizzazioni civilistiche di alcune fattispecie, contenute nel codice civile, sin dagli anni novanta del secolo scorso abbiamo assistito ad una crescente regolamentazione della contrattualistica bancaria da parte di norme finalizzate a disciplinare il rapporto fra banca e cliente, spesso con l'introduzione di norme imperative.

Le disposizioni sulla trasparenza bancaria del 1992, poi trasfuse nel Testo Unico Bancario del 1993[1], erano in un primo momento finalizzate ad assicurare al risparmiatore e cliente dell'azienda bancaria una piena e completa informazione in ordine ai termini negoziali ed economici del contratto prima della sua stipula. Tali disposizioni contenevano quindi una serie di regole precise da rispettare nella fase precontrattuale e nel momento della conclusione dei negozi, in alcuni casi con norme imperative ed inderogabili; ciò sul presupposto che il cliente, debitamente informato, avrebbe scelto gli operatori in grado di offrire migliori condizioni.

(*) Il testo riflette esclusivamente le opinioni personali dell'autore e non rappresenta posizioni ufficiali della Banca d'Italia

[1] Cfr. il Titolo VI del d.lgs. n. 385 del 1 settembre 1993, Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, d'ora in avanti TUB.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Da qui una spinta verso la realizzazione di un sistema finanziario efficiente e concorrenziale, secondo la linea tracciata dall'art. 5 del TUB.

La successiva evoluzione della normativa ha seguito un percorso di crescente e progressivo intervento del legislatore nel rapporto negoziale fra banca e cliente, non solo nell'imporre norme da inserire necessariamente nei contratti concernenti i servizi bancari[2], ma orientando anche l'attività delle Autorità creditizie verso interventi di maggior tutela della posizione del contraente debole.

Evidenza di ciò si trova nell'art. 127, comma 1 del TUB, nella versione emendata nel 2010, che nel ridefinire le finalità dell'intervento delle Autorità creditizie menziona espressamente, oltre alla trasparenza, «la correttezza dei rapporti con la clientela»[3], principio del resto fondante dell'attività di supervisione nel mercato finanziario, come stabilito dall'art. 5, comma 1, lettera b) del Testo Unico dell'intermediazione finanziaria[4], dove si parla di «tutela degli investitori».

Il legislatore europeo ha per lungo tempo lasciato il rapporto contrattuale fra banche e clientela al margine del proprio intervento, focalizzato invece sugli aspetti di vigilanza prudenziale sull'attività delle imprese creditizie.

Importanti iniziative sono state assunte dal legislatore sovranazionale nel sistema dei pagamenti, con particolare attenzione ai mezzi e strumenti di pagamento al dettaglio, con la esplicita finalità di proteggere il cliente utilizzatore di mezzi alternativi al contante[5].

In tempi ancor più recenti l'attenzione dell'Europa si è focalizzata su uno dei contratti bancari più ampiamente utilizzati nella pratica corrente, il mutuo destinato ad acquistare beni immobili, spesso la prima abitazione, con garanzia ipotecaria e ciò è avvenuto con l'adozione della Direttiva 2014/17 UE del Parlamento

---

[2] Su questi temi M. PERASSI, *Il ruolo dell'ABF nell'ordinamento bancario: prime riflessioni*, in *Analisi giuridica dell'Economia,* 1/2011, p. 145 e ss..

[3] Cfr. l'emendamento al TUB apportato con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

[4] D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, d'ora in avanti TUF.

[5] Cfr. la Direttiva n. 2007/64/CE ed il relativo D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 di attuazione nell'ordinamento italiano; AA.VV., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, a cura di Mancini, Rispoli Farina, Santoro, Sciarrone Alibrandi e Troiano, Torino, 2011.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014, recepita nel nostro paese con il D.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, che ha modificato alcune parti del TUB[6].

Questo intervento si segnala per le sue varie finalità, che comprendono non solo la trasparenza delle condizioni negoziali applicate al cliente, ma anche il c.d. *responsible lending*, cioè la responsabilizzazione della banca creditrice in ordine alla valutazione delle condizioni patrimoniali della controparte e della sostenibilità del debito all'atto della concessione del credito.

Ma al di là di queste disposizioni, di sicura rilevanza sistematica[7], interessa in questa sede un aspetto del contratto bancario in questione, dove vengono al contempo in considerazione aspetti sia di natura puramente privatistica che di vigilanza prudenziale, con riferimento ad un elemento tipico delle operazioni creditizie di un mondo globalizzato: i mutui concessi in valuta estera.

Il tema delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di monete non aventi corso legale non è affatto nuovo nel panorama civilistico; l'art. 39 del Codice di Commercio del 1882[8] disciplinava l'ipotesi del pagamento di un debito espresso in valuta straniera priva di corso legale o commerciale nello stato e la sua applicazione nell'immediato dopoguerra, all'indomani del periodo di fortissima svalutazione della lira dovuta al primo conflitto mondiale, aveva dato luogo ad un certo dibattito dottrinale ed a frequenti applicazioni giurisprudenziali[9].

In linea di continuità con la previsione del Codice di Commercio il codice civile del 1942 agli artt. 1278 e 1279 regola la

---

[6] Per un primo commento: G. VISCONTI, *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel TUB dal d.lgs. n. 72/2016,* in *Immobili e proprietà*, 2016, 8-9, p. 489.

[7] Cfr. in particolare: E. PELLECHIA, *La Direttiva 2015/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2016/2, pp. 206 e ss.; sull'argomento anche: D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valori della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2016/2, pp. 190 e ss..

[8] Codice di Commercio del 1882, art. 39*: «Se la moneta indicata in un contratto non ha corso legale o commerciale nel Regno e se il corso non fu espresso, il pagamento può essere fatto colla moneta del paese, secondo il corso del cambio a vista nel giorno della scadenza e nel luogo del pagamento, e, qualora ivi non sia un corso di cambio, secondo il corso della piazza più vicina, salvo se il contratto porti la clausola «effettivo» od altra equivalente».*

[9] M. PERASSI, in *Gustavo Bonelli, un giurista in Banca d'Italia,* a cura di Angelici, Capolino, Ciocca, Perassi, Stella-Richter jr e Terranova, Banca d'Italia, Roma, 2017, p. 549 e ss..

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

materia per i distinti casi del pagamento con moneta avente corso legale ovvero del pagamento effettivo nella valuta straniera.

Ma ciò che interessa per il nostro discorso è il rischio che si addossa al debitore di una obbligazione in valuta straniera nell'ipotesi di una forte svalutazione del cambio, con possibili gravi conseguenze nel caso di contratti di mutui finalizzati all'acquisto di un bene che soddisfa una primaria necessità: l'abitazione.

È il caso dei c.d. mutui in ECU, stipulati nel periodo 1986-1991, con riferimento al tasso d'interesse sull'ECU[10], al tempo ben più conveniente per il mutuatario rispetto ai tassi correnti sulla Lira italiana.

Utilizzati spesso proprio per l'acquisto della prima abitazione o per esigenze finanziarie delle piccole e medie imprese, a seguito della violenta svalutazione della Lira nei confronti dell'ECU e dell'uscita della Lira dallo Sme nel settembre del 1992, i mutui divennero improvvisamente molto onerosi per il debitore, tanto da generare un problema di carattere sociale piuttosto diffuso. In tale contesto il principio dell'art. 1278 cod. civ. e la sua lettura che accolla al debitore il rischio di cambio divennero nuovamente di interesse[11].

La prima reazione delle Autorità europee alle conseguenze negative di tale rischio, in ipotesi di contratti di massa stipulati da ampie fasce di clientela si è mossa sul piano sistemico, andando oltre l'analisi del singolo rapporto banca – cliente.

La prima raccomandazione pubblica adottata dal Comitato Europeo per il Rischio Sistemico[12] è stata emanata proprio in ordine ai prestiti in valuta estera[13], ciò in quanto:

---

[10] Per ECU si intendeva l'Unità monetaria europea di tipo paniere composta di quantità fisse delle valute dei paesi aderenti alla UE prima del 1 gennaio 1995. Banca d'Italia, *Relazione annuale per l'anno 1995*, Roma, maggio 1996, definizioni.

[11] A.U. PETRAGLIA, *Il contezioso relativo ai mutui in Ecu, primo round per le banche*, in *Bancaria,* dicembre 1997, p. 45; sull'argomento dei mutui in ECU: Trib. Pescara, 21 gennaio 1997, in *Giurisprudenza commerciale,* 1997; II, p. 452, con nota di M. CURCURUTO e G. LEMME, *Le problematiche in tema di mutui in Ecu*. Cfr. anche Cass. 25 novembre 2002; Sez. III civile, n. 16568.

[12] Sul Comitato Europeo per il Rischio Sistemico: G. NAPOLETANO, *Legal aspects of macroprudential policy in the United States and in the European Union*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica* della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 76, Roma, 2014, p. 89 e ss..

[13] Comitato Europeo per il Rischio Sistemico (CERS), Raccomandazione 2011/1 del 21 settembre 2011, in GUCE, C 342/1 del 22 novembre 2011.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

«Dovrebbe essere potenziata la tenuta del sistema finanziario agli andamenti negativi del cambio che incidono sulla capacità di servizio del debito in valuta estera da parte dei prenditori, anche mediante verifica del merito di credito prima della concessione di prestiti in valuta estera e riesami successivi dello stesso per l'intera durata di tali prestiti[14] ».

2. Il tema è oggi ripreso dalla citata Direttiva n. 2014/17.

Nel periodo di uscita dalla lunga crisi finanziaria il tema dell'indebitamento prudente e del prestito responsabile hanno portato l'attenzione su vari aspetti del credito ipotecario ed in particolare sui rapporti negoziali in cui il cliente, alla ricerca di tassi più favorevoli, abbia stipulato il proprio mutuo in una valuta estera, definito a tal fine come credito denominato in una valuta diversa da quella in cui il consumatore percepisce il suo reddito o detiene gli attivi con i quali dovrà rimborsare il finanziamento, o è denominato in una valuta diversa da quella dello Stato membro in cui il consumatore risiede[15]; assumendosi inevitabilmente i relativi rischi di cambio.

Da qui l'intento principale della Direttiva su questo profilo dell'assetto contrattuale, ben descritto dal suo considerando n. 30:

A causa dei rischi significativi insiti nel prestito in valuta estera è necessario prevedere misure atte a garantire che i consumatori siano consapevoli del rischio che stanno assumendo e abbiano la possibilità di limitare la propria esposizione al rischio di cambio per la durata del credito. Il rischio può essere limitato riconoscendo al consumatore il diritto di convertire la valuta in cui è denominato il credito ovvero con altri meccanismi, quali l'introduzione di limiti massimi o, qualora esse siano sufficienti a limitare il rischio di cambio, avvertenze.

In primo luogo si prevede una specifica informativa sull'effetto che fluttuazioni del cambio potrebbero avere sull'importo che il consumatore è tenuto a pagare, assicurando adeguata pubblicità all'esistenza di questo specifico rischio (art. 120-*octies*, comma 2, lettera *m* del TUB).

La disposizione europea si spinge ancora più avanti, prevedendo una clausola di applicazione necessaria che protegge il cliente da oscillazioni del tasso di cambio che abbiano un

[14] Comitato Europeo per il Rischio Sistemico (CERS), Raccomandazione 2011/1, *cit.* considerando n. 6.

[15] Direttiva n. 2104/17; considerando n. 4 ed art. 4, par. 1, n. 28 ed art. 120- *quinquies*, comma 1, lettera *n*) del TUB.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

significativo effetto sull'importo delle rate residue dovute (Direttiva n. 2014/17, art. 23.4):

Gli Stati membri provvedono affinché, se un consumatore ha un prestito in valuta estera, il creditore avvisi il consumatore regolarmente su carta o mediante un altro supporto durevole almeno laddove il valore dell'importo totale o delle rate periodiche residui a carico del consumatore vari di oltre il 20 % rispetto a quello che si avrebbe se si applicasse il tasso di cambio tra la valuta del contratto di credito e la valuta dello Stato membro applicabile al momento della conclusione del contratto di credito. L'avvertenza informa il consumatore dell'aumento dell'importo totale dovuto dal consumatore, indica, se del caso, il diritto di convertirlo in una valuta alternativa e le condizioni per farlo e illustra altri eventuali meccanismi applicabili per limitare il rischio di cambio cui è esposto il consumatore.

La regola è ora diritto interno vigente per effetto dell'art. 120 – *quaterdecies,* commi 2 e 4 del TUB, che delegano inoltre al CICR il compito di emanare norme di attuazione ed in particolare di fissare la variazione minima del tasso di cambio che possa dar luogo al diritto di conversione nel limite indicato dalla Direttiva; delega che lo stesso CICR ha al momento utilizzato per confermare la soglia europea del 20%[16].

Il diritto di convertire il finanziamento in una valuta alternativa rappresenta una forma estremamente forte di eterotutela del contraente debole, in piena sintonia con le finalità della Direttiva.

3. Se consideriamo gli effetti di questa tutela sull'assetto economico del contratto di mutuo ipotecario è di tutta evidenza la possibile onerosità per il creditore, da qui la previsione che assegna alla banca il diritto di esigere un compenso omnicomprensivo per l'ipotesi di conversione, secondo principi stabiliti nel contratto, che tengono conto degli oneri che la banca finanziatrice può essere tenuta a sostenere in relazione all'operazione di conversione in una valuta diversa[17].

Proiettando poi tali oneri sull'intero sistema bancario di un dato paese, in cui i mutui in valuta estera siano ampiamente utilizzati, emerge il rischio che l'uso generalizzato di queste clausole

[16] Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, Presidente del CICR, del 29 settembre 2016, art. 6, comma 1.

[17] Art. 120 – *quaterdecies*, comma 2, lettera *b)* ed art. 6, comma 2 del Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, Presidente del CICR, del 29 settembre 2016.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

possa implicare oneri finanziari pesanti per il settore bancario. Da qui la preoccupazione della Banca Centrale Europea, espressa recentemente in un parere su una proposta di legislazione polacca sulla specifica materia dei prestiti in moneta non nazionale, che tende a vietare la denominazione in valute straniere di debiti da pagare in equivalente di moneta nazionale e di indicizzare a valute straniere prestiti da saldare in valuta nazionale[18].

Il caso riguarda una giurisdizione estranea all'area dell'euro ed al Meccanismo Unico di Vigilanza, ma la BCE nel suo parere, in linea con il mandato di contribuire alla stabilità del sistema finanziario[19], riprende alcuni principi generali già tracciati dalle Autorità europee.

Viene quindi richiamata la Raccomandazione del Comitato Europeo per il Rischio Sistemico sui rischi sistemici collegati all'utilizzo dei mutui in valuta estera[20] e si apprezza in linea generale l'utilizzo di misure di portata generale che accrescano la trasparenza nei rapporti contrattuali, promuovendo il c.d. *responsible lending*, in particolare nel settore del credito immobiliare[21].

Ma viene anche criticata la previsione di proposta legislativa che assegna effetto retroattivo alle clausole in discorso[22], in violazione della previsione della Direttiva n. 204/17 che all'art. 23.5 stabilisce:

Gli Stati membri possono disciplinare ulteriormente i prestiti in valuta estera, a condizione che tale regolamentazione non sia applicata retroattivamente.

E vengono messi in luce anche gli effetti sistemici di pesante onere finanziario per il sistema bancario locale e di riduzione della fiducia degli investitori, in quanto*: introducing measures with retroactive effect may also have some negative impact on the Polish economy if it leads to deterioration in foreign investor sentiment due to a perceived increase in legal uncertainty and country risk*[23].

In sostanza, la posizione della BCE mette chiaramente in luce un importante aspetto della regolazione dei contratti bancari

---

[18] ECB, Opinion of 24 march 2017 on foreign exchange-linked loans, (CON/2017/9); in www.ECB.int.

[19] Cfr. Statuto del SEBC/BCE, artt. 3.3. e 4.

[20] Comitato Europeo per il Rischio Sistemico (CERS), Raccomandazione 2011/1, *cit.*; ECB, Opinion (CON/2017/9) *cit.* par. 3.1.

[21] ECB, Opinion (CON/2017/9) *cit.* par. 3.3.

[22] ECB, Opinion (CON/2017/9) *cit.* par 4.2.

[23] ECB, Opinion (CON/2017/9) *cit.* par. 4.6.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

realizzata mediante interventi di questa natura, riferendosi agli effetti che si generano non solo sul mero assetto negoziale del rapporto fra le parti, ma in un ambito più generale nei sistemi bancari di riferimento, per quanto riguarda la stabilità degli intermediari e dei mercati finanziari in cui essi operano.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. CLAUDE ROUILLER
Président émérite du Tribunal Fédéral suisse -
Professeur à l'Université de Neuchâtel

UNE REMARQUE GENERALE SUCCINCTE

sur les règles du Code italien, livre IV, titre III , chapitres XVII, XXV

Capo XVII
Dei contratti bancari
Sezione I
Dei depositi bancari

Art. 1835 Libretto di deposito a risparmio
Se la banca rilascia un libretto di deposito a risparmio, i versamenti e i prelevamenti si devono annotare sul libretto.
Le annotazioni sul libretto, firmate dall'impiegato della banca che appare addetto al servizio, fanno piena prova nei rapporti tra banca e depositante.
E' nullo (1421 e seguenti) ogni patto contrario.
Cela a l'air passablement obsolète. Il semble que les carnets d'épargnes soient en voie de disparition (tous les sceaux et signatures sont si faciles à contrefaire; cf. aussi remarque ci-dessous).

Art. 1836 Legittimazione del possessore
Se il libretto di deposito è pagabile al portatore, la banca che senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del possessore è liberata, anche se questi non è il depositante (1777, 1992, 2003).
La stessa disposizione si applica nel caso in cui il libretto di deposito pagabile al portatore sia intestato al nome di una determinata persona o in altro modo contrassegnato.
Sono salve le disposizioni delle leggi speciali.
Remarque ad art. 1835 s.:
Il paraît risqué d'introduire ou de maintenir des dispositions de ce genre, en ces temps de grande mutation. Non seulement, les moyens techniques de vérification

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

d'identité évoluent; plus que les dispositions du code, ils déterminent et continueront de déterminer ce que les banques choisiront comme support et comme conditions de retrait. En outre, pour ce qui est des livrets au porteur, il faut être conscient que les règles sur l'identification de l'ayant-droit peuvent perturber de façon très importante les règles du droit civil. Est-il opportun de prévoir des règles spéciales qui sont battues en brèches par d'autres règles spéciales?
S'agissant en particulier du livret au porteur, il me semble que c'est aux règles générales sur les papiers valeurs d'apporter la solution. Le livret au porteur ne justifie pas un tel traitement particulier ou différent.

Art. 1838 Deposito dei titoli in amministrazione
La banca che assume il deposito di titoli in amministrazione deve custodire i titoli, esigerne gli interessi o i dividendi, verificare i sorteggi per l'attribuzione di premi o per il rimborso di capitale, curare le riscossioni per conto del depositante, e in generale provvedere alla tutela dei diritti inerenti ai titoli. Le somme riscosse devono essere accreditate al depositante.

Se per i titoli depositati si deve provvedere al versamento di decimi (2344, 2452) o si deve esercitare un diritto di opzione (2441), la banca deve chiedere in tempo utile istruzioni al depositante e deve eseguirle, qualora abbia ricevuto i fondi all'uopo occorrenti. *In mancanza d'istruzioni, i diritti di opzione devono essere venduti per conto del depositante a mezzo di un agente di cambio.* ***N'est-ce pas un peu schématique?***

Sur l'ensemble de cet alinéa, il serait intéressant de savoir quelles expériences en ont été tirées en pratique, notamment dans la jurisprudence.

Art. 1840 Apertura della cassetta
…
In caso di morte dell'intestatario o di uno degli intestatari, la banca che ne abbia ricevuto comunicazione non può consentire l'apertura della cassetta se non con l'accordo di tutti gli aventi diritto o secondo le modalità stabilite dall'autorità giudiziaria.
La question traitée par cet alinéa relève plutôt du droit des successions. En vertu du droit des obligations, il est clair que, si une partie est remplacée par une pluralité de parties (communauté), celle-ci ne donne d'instructions valables que si cette instruction est formée conformément aux règles régissant la formation de la volonté de cette communauté. Dans le cas particulier de la communauté

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

héréditaire, il semble excessif de prévoir une règle de droit des obligations qui requiert l'accord de tous ou l'intervention du juge, alors que, par exemple, le représentant de la communauté héréditaire (cf. art. 602 al. 3 CC) devrait évidemment être habilité à remplacer le de cujus *pour l'ouverture de la cassette. C'est une contradiction inexplicable avec le droit des successions, qui devrait être décisif.*

Art. 1843 Utilizzazione del credito
Se non è convenuto altrimenti, l'accreditato può utilizzare in più volte il credito, secondo le forme di uso, e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità.
Salvo patto contrario, i prelevamenti e i versamenti si eseguono presso la sede della banca dove è costituito il rapporto.
C'est probablement largement obsolète. De plus, cela devrait relever des règles générales sur l'exécution des obligations. La règle de l'art. 1843 al. 2 est en faveur de la banque. Quand elle octroie un crédit, celle-ci est dans une position qui lui permet de dire à quel endroit le versement sera effectué, si elle estime que cette question a une quelconque importance. Si elle ne le fait pas, il y a aucune raison de ne pas appliquer les règles générales.

Art. 1844 Garanzia
Se per l'apertura di credito è data una garanzia reale (1960 e seguenti, 2784 e seguenti, 2808 e seguenti) o personale (1936 e seguenti), questa non si estingue prima della fine del rapporto per il solo fatto che l'accreditato cessa di essere debitore della banca. Se la garanzia diviene insufficiente, la banca può chiedere un supplemento di garanzia o la sostituzione del garante (1461, 1850, 1867, 1877, 2743). Se l'accreditato non ottempera alla richiesta, la banca può ridurre il credito proporzionalmente al diminuito valore della garanzia o recedere dal contratto.
Le droit de retrait donné à la banque semble totalement disproportionné. La réduction semble en revanche une règle adéquate, même si on pourrait laisser à la banque le soin de prévoir elle-même une telle règle au moment du contrat et ne rien prévoir dans la loi (cela est à plus forte raison valable pour le droit de retrait).

Art. 1845 Recesso dal contratto
Salvo patto contrario, la banca non può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, *se non per giusta causa.*

Cette réserve est-elle nécessaire? Les règles générales sur le risque d'inexécution

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

(et l'inexécution consistant dans le retard d'une tranche ou des intérêts) sont à tout le moins suffisantes. Peut-être faudrait-il même en restreindre l'application et exclure les justes motifs ou les énumérer restrictivement. De toute façon, à moins de dispositions impératives, la banque peut, au moment de conclure le contrat, imposer des clauses lui permettant de mettre fin au crédit avant l'échéance prévue, pour les motifs qu'elle jugera bon d'énumérer.
De façon générale, à la lecture de ces articles, le droit bancaire italien paraît édicter des règles protégeant les banques. C'est inutile. Elles sont en mesure de le faire elles-mêmes.

Il recesso sospende immediatamente l'utilizzazione del credito, ma la banca deve concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e dei relativi accessori.

Faudrait-il même rendre cette règle relativement impérative (i.e. ne pouvant être changée qu'en faveur de l'emprunteur)?
Le délai minimum de quinze jours est-il toujours adéquat, ou est-il trop schématique et devrait-on prévoir un délai pouvant, suivant les circonstances, être plus long? On peut le conserver, car c'est aussi à la loi civile d'organiser la vie économique, et prévoir parfois pour cela l'observation de délais précis. Ainsi, on sait à quoi s'en tenir. Si ce délai légal ne convient pas, c'est aux parties d'y déroger en concluant le contrat.

Sezione IV
Dell'anticipazione bancaria

Art. 1850 Diminuzione della garanzia
Se il valore della garanzia diminuisce almeno di un decimo rispetto a quello che era al tempo del contratto *(*)*, la banca può chiedere al debitore un supplemento di garanzia nei termini d'uso, con la diffida che, in mancanza, si procederà alla vendita dei titoli o delle merci dati in pegno (1461). Se il debitore non ottempera alla richiesta, la banca può procedere alla vendita a norma del secondo e quarto comma dell'art. 2797.
La banca ha diritto al rimborso immediato del residuo non soddisfatto col ricavato della vendita.
Faudrait-il dire par quels moyens cette baisse doit être constatée?

Art. 1853 Compensazione tra i saldi di più rapporti o più conti
Se tra la banca e il correntista esistono più rapporti o più conti,

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

ancorché in monete differenti, i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente, salvo patto contrario (1241 e seguenti).
Apparemment, cet article institue une compensation automatique. Cela ne semble pas adéquat.

Art. 1856 Esecuzione d'incarichi
La banca risponde secondo le regole del mandato (1703 e seguenti) per l'esecuzione d'incarichi ricevuti dal correntista o da altro cliente. Se l'incarico deve eseguirsi su una piazza dove non esistono filiali della banca, questa può incaricare dell'esecuzione un'altra banca o un suo corrispondente (1717).
N'est-ce pas obsolète ?

Capo XXV
Della transazione

Art. 1965 Nozione
La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite [*judiciaire*] già incominciata *o prevengono una lite che può sorgere tra loro.*

Est-il adéquat d'inclure dans cette notion la transaction préalable au litige judiciaire.
Comment déterminer si les parties se font des concessions réciproques à un point tel qu'il s'agit d'une transaction. Dans les négociations, les parties se font aussi des concessions réciproques. Il peut arriver qu'une partie décide de se retirer des négociations et que l'autre lui annonce estimer que ce retrait revient à une culpa in contrahendo, suite à quoi les négociations reprennent et un contrat est conclu. S'agit-il alors d'une transaction?
Cet exemple me paraît montrer que seul le critère du litige judiciaire permet de distinguer de façon sûre la transaction d'autres contrats qui sont le résultat de négociations.
La transaction précédant tout litige judiciaire relève à mon sens exclusivement de la partie générale, notamment les règles sur la remise de dette et la modification des contrats.
Par contre, il est admissible de distinguer entre la transaction extrajudiciaire née alors qu'un procès était pendant et la transaction judiciaire, née dans les mêmes circonstances, mais qui est conclue sous l'autorité du juge ou ratifiée par lui.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Art. 1966 Capacità a transigere e disponibilità dei diritti
Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite (320, 493).
La transazione e nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti (2113).
Est-il nécessaire de le dire?
Mais faut-il prévoir que la ratification par le juge permet de passer outre l'indisponibilité de certains droits?

Art. 1967 Prova
La transazione deve essere provata per iscritto, fermo il disposto del n. 12 dell'Art. 1350 (2725).
Matériellement, il faut peut-être prévoir que des obligations ne pouvant être créées que par acte authentique peuvent cependant être modifiées par transaction (à tout le moins dans le cas où la transaction est ratifiée).
(Transaction extrajudiciaire: il vaut mieux éviter une règle de forme qui pourrait notamment être difficile à coordonner avec la remise de dette, non formelle).

Sur tous les articles qui suivent (excepté 1972), cf. remarque ad 1975.
Art. 1972 Transazione su un titolo nullo
E' nulla (1421 e seguenti) la transazione relativa a un contratto illecito (1343 e seguenti), ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo.

Cette règle n'est pas indispensable, elle est propre à créer des confusions.
1) La règle générale applicable à tous les contrats doit suffire: ou bien l'accord transactionnel est encore illicite (p.ex. il prévoit encore un paiement ou une prestation illicite) et il est alors soumis aux règles sur les contrats illicites, ou bien il ne l'est plus et ne doit pas être soumis à ces règles. La seconde hypothèse doit être distinguée de la première, et elle l'est à satisfaction par l'application raisonnable des règles générales.
Par exemple, les parties doivent pouvoir valablement transiger de façon "relative à un contrat illicite" si l'une estime que l'autre est responsable pour ne l'avoir pas informée des normes légales ou de circonstances dont il résulte que le contrat est illicite. Il est incontestable que dans un tel cas, l'accord ne doit pas être frappé de nullité. Il en va de même si le litige portait sur un contrat qui, entre autres, garantissait que la prestation était licite et promettait une indemnisation si la prestation prévue s'avérait illicite). La transaction est relative à un contrat promettant une prestation objectivement illicite. Or, l'indemnisation prévue est

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

licite (c'est une culpa in contrahendo *contractuellement prévue). Une transaction à ce sujet doit être admise.*
Tout cela est valable si la transaction n'est pas ratifiée et no assimilable à un jugement.
2) Si la transaction est ratifiée et assimilable pour cela à un jugement, l'obligation de l'exécuter constitue probablement un fait justificatif, supprimant l'illicéité.
Si l'on ne retenait pas l'assimilation à un jugement de la transaction ratifiée, il faudrait encore relever ce qui suit sur les problèmes pouvant être posés par la nullité des transactions "relatives à un contrat illicite", qui seraient alors criants. Dans le cas cités ci-dessus, p.ex. lorsque les parties transigent alors que l'une a annoncé à l'autre qu'elle l'estimait responsable pour ne l'avoir pas informée des normes légales ou de circonstances dont il résulte que le contrat est illicite, l'interprétation de la transaction ne permettra pas forcément de déterminer si les obligations reconnues dans la transaction reposent sur cette culpa in contrahendo *ou sur l'inexécution du contrat illicite. Ainsi, la règle de cet alinéa pourrait conduire à des litiges supplémentaires, qui doivent d'autant plus être évités que la transaction ratifiée a précisément pour objet de mettre fin à un litige avec la plus haute sécurité.*
Il en va de même si le litige portait sur un contrat qui, entre autres, garantissait que la prestation était licite et promettait une indemnisation si la prestation prévue s'avérait illicite. En pratique, il n'est pas toujours facile de voir si un tel contrat a en réalité pour but, ou pour effet – inadmissible – de détourner la nullité du contrat illicite, ou s'il est parfaitement légitime. Or, si un litige a surgi et qu'il est résolu par une transaction ratifiée, il faut bien sûr que les parties ne puissent relancer le litige. (Une partie de mauvaise foi pourrait en effet avoir choisi de transiger uniquement pour des raisons de procédure, si celle-ci lui est défavorable; puis une fois la procédure terminée, elle se soustrairait à l'exécution matérielle de la transaction en invoquant que celle-ci est relative à un contrat illicite).
Par conséquent, il me semble que les règles générales sont mieux à même de résoudre la problématique, l'alinéa critiqué me paraissant en tous les cas donner trop de possibilités de remettre en cause une transaction.
Une règle utile à édicter consisterait à statuer si la transaction ratifiée est assimilée à un jugement.

Art. 1975 Annullabilità per scoperta di documenti
La transazione che le parti hanno conclusa generalmente sopra tutti gli affari che potessero esservi tra loro non può impugnarsi per il fatto che posteriormente una di esse venga a conoscenza di

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

documenti che le erano ignoti al tempo della transazione, salvo che questi siano stati occultati dall'altra parte.
La transazione è annullabile (1442), quando non riguarda che un affare determinato e con documenti posteriormente scoperti si prova che una delle parti non aveva alcun diritto.
Remarque générale: le droit italien paraît adéquat dans la mesure où, s'agissant de la transaction judiciaire, il soumet son annulation à des conditions plus strictes que les autres contrats. En effet, la transaction judiciaire est très particulière en raison de son but, des circonstances dans lesquelles elle naît, et de sa ratification. Elle a pour but de mettre fin à un litige, donc de créer une sécurité accrue sur les questions qui ont divisé les parties de façon suffisamment sérieuse pour les amener devant la justice.
En outre, par la ratification, la transaction doit être - inévitablement à mon avis - assimilée à un jugement.
Pour ces raisons, pour la transaction ratifiée, seuls les motifs permettant d'obtenir la révision d'un jugement devraient pouvoir être invoqués (découverte de moyens de preuve dont la partie ne pouvait avoir connaissance au moment du jugement).
Mais une autre solution est envisageable, en tout cas si la transaction n'est pas ratifiée. L'invocation des vices du consentement doit alors être exclue pour les points concernant les incertitudes qui ont précisément conduit les parties à transiger[1] (cette restriction est alors valable également pour une situation où, en dehors d'un procès, les parties se font des concessions réciproques en raison d'incertitudes; dans un tel cas, chaque partie doit supporter le "risque" que la réalité se révèle, en fin de compte, telle qu'elle l'eût conduit à ne pas transiger; cette exclusion résulte des règles générales sur les vices du consentement).

Art. 1976 Risoluzione della transazione per inadempimento
La risoluzione della transazione per inadempimento non può essere richiesta se il rapporto preesistente e stato estinto per novazione (1230 e seguenti), salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato (1453 e seguenti).
S'agissant de l'exécution aussi, l'assimilation de la transaction à un jugement inclut l'assimilation à un jugement susceptible d'exécution forcée (les parties peuvent bien sûr convenir dans la transaction qu'au cas où la transaction n'est pas spontanément exécutée, elle est caduque). Les règles sur l'exécution forcée sont une protection suffisante de la partie créancière, et excluent à mon sens la résolution ou résiliation applicables aux autres contrats.

[1] Cf. pour le droit suisse, p.ex. ATF 117 II 218 ; ou encore 110 II 44 (transaction judiciaire).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Une autre solution serait sans doute problématique. La résolution de la transaction ferait renaître les prétentions litigieuses. Le calcul du dommage résultant du retrait du contrat (résolution) serait des plus délicats. Il faudrait sans doute prévoir que seule est possible la réparation du dommage résultant de l'inexécution (expectation interest ; positives Vertragsinteresse ; Erfüllungsinteresse) … ou alors prévoir que la transaction emporte novation.

Pour la transaction non ratifiée, l'exclusion d'autres formes de réparation du dommage que l'Erfüllungsinteresse paraît donc aussi devoir s'imposer, ou alors la novation.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. MARIA LETIZIA RUFFINI GANDOLFI
Professore nell'Università di Milano

CASSETTE DI SICUREZZA E RESPONSABILITA' DELLA BANCA: IL PROBLEMA IN PROIEZIONE EUROPEA(*)

SOMMARIO: 1. Il modello italiano: l'art. 1839 cod. civ. it. e la sua interpretazione giurisprudenziale. – 2. L'esempio francese e la configurabilità di un obbligo di custodia, a carico della banca, riferito al contenuto della cassetta e limitato ad un dato *plafond*. – 3. Il supporto dell'analisi economica del diritto ed altre indicazioni emergenti al di là del contesto italiano, per una normativa a livello europeo. – 4. Per concludere: qualche possibile opzione.

1. – Per affrontare il tema delle cassette di sicurezza e considerare se e come il relativo contratto debba costituire oggetto di una o più norme del progetto di un *Code européen des contrats* (d'ora in avanti CEC), credo sia opportuno, se non necessario, considerare attentamente l'esperienza italiana relativa alla norma che viene sottoposta, per prima, alla nostra attenzione nel questionario, quella dell'art. 1839 del codice italiano. Ad un tale esame, tuttavia, mi dedicherò dopo aver accennato ad un problema che nasce dal rilievo di chi osserva che il servizio di cassette di sicurezza non costituisce un'operazione bancaria in senso proprio (i primi servizi, sorti nell'area anglo-americana, sono stati organizzati da società create *ad hoc*[1]). Ed è stato affidato alle banche anche perché queste, in virtù del sistema di autorizzazioni e controlli che le governa,

(*) Testo, cui sono state aggiunte alcune note, della relazione elaborata per il Convegno pavese dedicato ad alcuni contratti bancari e pubblicata anche sulla "Rivista di diritto civile".

[1]E' ricorrente, nei testi di diritto bancario (cfr., tra i primi, specificamente dedicati alle cassette di sicurezza, quello di J. VALERY, *Traité de la location des coffres-forts*, Paris 1926, p. 35), il richiamo alla *Safe Deposit Company*, creata in New York nel 1861, come alla prima società costituita con lo scopo di destinare spazi sicuri alla custodia di valori dei clienti; a questa avrebbero poi fatto seguito a Londra, nel 1875, la *National Safe Deposit Company Ltd* e, nel 1885, la *Chancery Lane Safe Deposit and Offices Company Ltd.*

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

darebbero garanzie di possedere – come ha ritenuto la Corte di cassazione italiana[2] – un alto grado di professionalità, che non dovrebbe mancare neppure nelle attività collaterali o accessorie. Questione preliminare sembra dunque quella di decidere se continuare a regolare questo contratto nel contesto della disciplina dei contratti bancari come fa il codice italiano che dovrebbe essere l'unico, tra i codici vigenti, ad occuparsene. Se si ritenesse di regolare questo servizio tra i contratti bancari, mi chiedo se si debba o no precisare che la disciplina è applicabile anche ad altre imprese che siano autorizzate a fare questo servizio e che in alcuni Paesi, come ad esempio l'Inghilterra, sembrano conservare uno spazio significativo.

Chiusa questa parentesi, passo agli aspetti cruciali della materia attinenti al vero e proprio contenuto di questo contratto. Due sono i principali problemi emersi dall'esperienza italiana, come da esperienze contigue, quali, ad esempio, quella spagnola e quella francese: uno è il problema della natura giuridica di questo contratto, l'altro è quello della responsabilità e dei suoi limiti, a carico della banca.

La prima questione vede, o meglio, specialmente in passato ha visto fronteggiarsi ed alternarsi ricorrentemente in Italia, come ad esempio in Francia, soluzioni improntate soprattutto all'idea del deposito, da una parte, e della locazione, dall'altra, anche se in un quadro dottrinale molto articolato, ove non è mancata la prospettazione del contratto misto o atipico. Ma in Francia questo dibattito ha perso nel tempo di importanza, anche grazie all'autorità di contributi dottrinali (quali quelli ormai risalenti di Tunc e Carbonnier[3]) che hanno configurato in modo abbastanza netto il contenuto essenziale di questo contratto, e, tra gli obblighi del banchiere, hanno segnalato come fondamentale quello di "surveillance" e "securité" dei beni affidatigli con l'immissione nella cassetta (oggi si parla ricorrentemente, in relazione al *service de coffre-fort*, di *contrat de garde*). Similmente, in Italia, lo stesso dibattito si è almeno in parte sopito in seguito all'entrata in vigore del codice del 1942; mentre in precedenza, mancando una disciplina codicistica del servizio delle cassette di sicurezza, si muoveva dalla natura

[2] Cfr., ad es., Cass. civ., Sez. I, 4 aprile 2001 n. 4946, Banca Commerciale Italiana c. Cutillo, in *Giust. civ.* 2001, I, 1784.

[3] A. TUNC, *Note sous* Req. 11.2.1946, D. 1946, 365; ID., *Nature juridique du contrat de coffre-fort, etc.*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, III, Padova, 1950, spec. p. 32; J. CARBONNIER, *obs.*, Cass. 1ère civ. 21.5.1957, RTD civ. 1957, 707.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

giuridica del relativo contratto fondamentalmente per risolvere il problema dei criteri della responsabilità da inadempimento e della distribuzione degli oneri probatori, a questo riguardo, tra banca e cliente.

Sempre in Italia, oggi, invece, mentre il problema della natura giuridica – che il legislatore non ha inteso affrontare[4] - resta sullo sfondo, assume maggior rilievo quello della responsabilità. E ciò, anche a causa del modo con cui è stato formulato l'art. 1839 che, aprendo la breve sequenza di disposizioni sul contratto in esame, si pone immediatamente nell'ottica della patologia contrattuale, col prevedere che "la banca risponde verso l'utente per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta, salvo il caso fortuito". Ora, mi pare sia subito il caso di segnalare che mentre prima dell'attuale codice, una giurisprudenza, non molto abbondante per la verità, non sembrava attestarsi su posizioni di particolare severità verso la banca, il panorama muta progressivamente dopo l'emanazione di questa norma[5]. Intorno ad essa si sono succedute, in effetti, soluzioni interpretative di diverso segno, più volte ribadite dalla Corte di Ccassazione[6], anche di fronte

[4] Si legge nella Relazione ministeriale al codice civile n. 740 che "il servizio delle cassette di sicurezza è regolato … in modo da lasciare impregiudicata la questione della sua natura giuridica".

[5] Per un'analisi approfondita del percorso giurisprudenziale sopra accennato, si veda A. CERRAI, *Cassette di sicurezza*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. Comm.*, III, UTET, 1988, p. 16 ss.

[6] Tra le decisioni maggiormente significative, in relazione al soprarilevato atteggiamento di rigore tenuto dalla Corte Suprema nell'esaminare vari profili del problema della responsabilità delle banche, si vedano: Cass. civ., Sez. I, 3 novembre 1989 n. 4604, Monte dei Paschi di Siena c. Carbone, in *Foro it.*, 1990, I, 1290 con nota di F. COSENTINO; Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 1992 n. 5617, Fiorillo c. Banca del Sud, in *Foro it.*, 1993, I, 878, con nota di F. CARINGELLA; Cass. civ., Sez. Un. 1° luglio 1994, n. 6225, Mauro c. Banca del Fucino s.p.a., in *Foro it.*, 1994, I, 206, con nota di E. NTUK, e in *Giur. comm.*, 1996, II, 183 con nota di M. A. RAGNO, *Cassette di sicurezza: ancora sulla limitazione di responsabilità della banca*. Successivamente, sulla scia delle Sezioni Unite: Cass. civ., Sez. I, 24 gennaio 1997 n. 750, Banca Nazionale del Lavoro c. Leonori, in *Contratti*, 1997, 255 con nota di F. DELFINI, in *Danno e resp.*, 1997, 461 con nota di V. MONTARULI; Cass. civ., Sez. I, 10 gennaio 1998 n. 158, Gentile c. Banca Commerciale Italiana s.p.a., in *Giur. it.*, 1998, I, 499; Cass. civ., Sez. I, 10 settembre 1999, n. 9640, Guzzardo c. Banca Commerciale Italiana s.p.a., in *Foro it.*, 2000, I, 532 con nota di G. BELLANTUONO; Cass. civ., Sez. I, 4 aprile 2001 n. 4946, Banca Commerciale italiana c. Cutillo, in *Danno e resp.*, 2001, 917 con nota di G. MACCABONI; Cass. civ., Sez. I, 29 luglio 2004, n. 14462, Banca Popolare Etruria e Lazio c. Carderà e altro, in *Foro it.*, 2005, I, 1446; Cass. civ., Sez. I, 5

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

a riserve e a impostazioni differenti profilatesi in dottrina[7] e presso una parte della giurisprudenza di merito[8].

Ma esaminiamo da vicino la locuzione legislativa appena riportata: in essa, come è evidente, innanzitutto non si parla specificamente di un obbligo di conservazione del contenuto della cassetta – alla quale però non possono non essere finalizzate le attività che la norma pone a carico della banca in relazione ai locali e alla cassetta – né è contemplato uno dei risultati che il cliente si attende e che è quello del recupero di questo contenuto. D'altra parte, nella disposizione in esame vi è l'espresso riferimento al fortuito come causa di esonero da responsabilità. Riferimento, quest'ultimo, che è spesso inteso come l'indice di una responsabilità aggravata della banca: o perché si ritiene che le fattispecie di responsabilità con il limite del caso fortuito siano fattispecie di responsabilità oggettiva[9], o perché ci si riallaccia all'idea di una

aprile 2005 n. 7081, B.C.I. s.p.a. c. C. ed altri, in *Contratti*, 2005, 969, con nota di U. CARNEVALI.

[7] Stante l'importanza – dal punto di vista economico e della prassi bancaria – oggi minore che in passato, del servizio concernente le cassette di sicurezza, la dottrina giuridica relativa alla materia è in Italia così numerosa da apparire, a prima vista, sorprendentemente sovrabbondante. In realtà, questo dato quantitativo va posto in relazione con l'altrettanto rilevante numero di liti favorite dall'instransigente severità verso la banca con cui la Corte di cassazione ha affrontato il problema della responsabilità della banca stessa. Non essendo il caso di offrire qui dei riferimenti bibliografici completi, mi limito a rinviare ai commenti citt. alla nota che precede, e a segnalare, inoltre, tra i contributi critici relativi ad aspetti diversi del suddetto problema, quelli di: F. BENATTI, *Clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, vol. I, a cura di G.B. PORTALE, Milano, 1978, 135; G.B. FERRI, *Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione delle cassette di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.* 1988, I, 339; R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in M. BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 1998, p. 12. Per un quadro esaustivo della dottrina in questa materia, si vedano A. CERRAI, *Cassette*, cit. *supra*, nota 5 e, per la letteratura successiva, P. PAPANTI-PELLETIER, *Cassette di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Aggiorn. II, Milano, 1998, p. 197; C. ARTIZZU, *Cassette di sicurezza e responsabilità della banca*, Milano, 2006, p. 299 ss.

[8] Cfr., ad es., Trib. Roma 27 aprile 1990, De Santis e altri c. Banca naz. lav., in *BBTC* 1991, II, 507; App. Roma 28 settembre 1990, Bitonti e altri c. Banca naz. lav., in *Giust. civ.*, 1990, I, 2959; Trib. Napoli 11 novembre 1998, Foglia c. Banca comm. it., in *Giur. nap*, 2000, 94.

[9] Cfr. M. COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli 1965, p. 83.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

responsabilità per rischio di impresa o similmente configurata[10], o infine, perché, anche quando si accoglie una concezione soggettiva del fortuito, si ritiene, come ha fatto la Corte di cassazione, che l'art. 1839 "attraverso l'unica esclusione di responsabilità collegata al caso fortuito, delinea anche il grado della diligenza cui la banca è tenuta nel *facere* oggetto delle obbligazioni assunte"[11]. E collegando questa norma con quella contenuta in una disposizione (art. 1176 cpv. cod. civ. it.), che è simile all'art. 75, comma 2 del CEC da noi redatto, in tema di diligenza nell'esercizio di attività professionale o imprenditoriale, la stessa Corte ritiene che "l'alto grado della professionalità bancaria richiede il massimo grado di diligenza, sia nella predisposizione dei mezzi locati, sia nella loro custodia". Di qui, una volta fissato questo parametro diligenziale, i giudici ben di rado ravvisano in concreto, nel fatto estraneo invocato dalle banche, quei requisiti di imprevedibilità e soprattutto di inevitabilità relativa, che rispondono alla nozione soggettiva di fortuito.

Le banche italiane, da parte loro, dietro indicazioni fornite per un certo tempo dall'Associazione bancaria italiana (ABI), hanno introdotto nei formulari relativi ai contratti concernenti il servizio delle cassette di sicurezza delle clausole sempre dirette, nella sostanza, a limitare o a determinare il valore massimo dei beni da immettere nelle cassette, anche se nel tempo diversamente congegnate, nel tentativo di ottenerne l'avallo da parte della Corte di cassazione. Così, da un lato, in una delle formulazioni suggerite dall'ABI, si prevede l'espressa assunzione, da parte dell'utente, dell'obbligo di non immettere nella cassetta beni di valore superiore ad un dato importo e, dall'altro, si mira a sganciare questa clausola dalla disciplina della responsabilità della banca, che trova posto sempre nel formulario, ma in un'autonoma previsione espressa negli stessi termini dell'art. 1839. Ma la Corte Suprema[12], proprio muovendo da questa norma e dall'assenza di un espresso riferimento, nella medesima, a una responsabilità diretta della banca per danni al contenuto della cassetta – menzione deliberatamente omessa dal legislatore, come risulta dalla Relazione ministeriale al

[10] Vedi P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1967, p. 202; C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *BBTC*, 1978, I, 55 ss.

[11] Così Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 1992 n. 5617, cit. *supra*, nota 6.

[12] Cfr., inizialmente, Cass. civ., Sez.I, 29 marzo 1976 n. 1129, Cornelio c. Banco di Roma, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1976, II, 173 e, in seguito, tra le decisioni più motivate, Cass. Sez. Un., 1° luglio 1994 n. 6225, cit. *supra*, nota 6.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

codice[13] – ritiene di poter risalire a quello che a suo avviso sarebbe il complesso degli obblighi essenziali della banca, quali indirettamente tipizzati dalla legge. E individuandoli in quelli di concessione e custodia di locali idonei nonché di tutela dell'integrità della cassetta, ritiene di escludere dal contenuto del contratto, anche in vista del perseguimento di finalità di segretezza, l'obbligo di custodia dei beni immessi nella cassetta. Di qui, sempre secondo la Corte, l'impossibilità di configurare le clausole in esame come riguardanti l'oggetto del contratto, ossia come limitanti l'obbligo della banca di custodire beni fino ad valore massimo. Sicchè un tale patto – ad avviso della Corte – si traduce *tout court* in una clausola di limitazione della responsabilità.

Una volta qualificata la limitazione di cui stiamo parlando come attinente non al contenuto del contratto, ma direttamente alla responsabilità, la giurisprudenza invoca una disposizione imperativa (art. 1229, comma 1, cod. civ. it.), presente anche nel CEC (art. 106, comma 1), che sancisce la nullità delle clausole che escludono o limitano la responsabilità per dolo o colpa grave. In questo modo, i giudici finiscono col vanificare il tentativo delle banche di sottrarsi almeno in parte alla condanna ai danni, poiché, una volta ritenuto che la banca debba offrire un servizio caratterizzato dal massimo di sicurezza ipotizzabile contro eventi dannosi[14], nelle specie esaminate ne valutano con particolare severità i comportamenti, così da ravvisarvi frequentemente gli estremi della colpa grave.

2. – Si ritenga o meno fondato sul piano strettamente tecnico-giuridico, il percorso interpretativo che ho appena cercato di ricostruire, pur oggetto di critiche nella letteratura italiana[15], è ormai decisamente consolidato nella giurisprudenza del Paese in cui la sola norma codicistica su questa materia è in vigore da oltre cinquant'anni. Dato, questo, che credo non si possa ignorare, e debba essere tenuto in conto raffrontando la disciplina appena delineata con quella di altri ordinamenti e, in particolare, riprendendo il parallelo con gli orientamenti giurisprudenziali emersi in Francia in tema di responsabilità della banca. Qui, l'obbligo di custodia dei beni immessi nella cassetta, pur qualificato, come

[13] N. 740.

[14] Vedi, ad es., Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 1992 n. 5617, cit. *supra*, nota 6.

[15] Cfr., in particolare, le limpide osservazioni di G.B. FERRI, *Tipicità negoziale e interessi*, etc., cit. 351 ss. e A. CERRAI, *Cassette di sicurezza*, cit., p. 21 s.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

avviene anche da noi per quanto concerne la custodia della cassetta e dei locali, in termini di obbligazione di risultato, trova una valutazione da parte dei giudici così severa in relazione al suo adempimento da venir avvicinato ad una vera e propria *obligation de garantie*[16] . Sicchè, di fronte a casi di sottrazione, distruzione e simili del contenuto della cassetta, è quasi sempre vano per le banche cercare di esonerarsi da responsabilità invocando il fortuito o comunque una causa estranea come produttiva di tali eventi. Ma le analogie con il diritto italiano lasciano il posto a una situazione almeno in parte diversa quando ci si chieda quale sia la sorte di clausole formulate come quelle che ho già richiamato, con cui il cliente si obbliga a non immettere nella cassetta beni di valore superiore a un dato importo. In dottrina, sembra prevalere l'orientamento di chi considera queste clausole come l'espressione di una collaborazione tra le parti che non intacca l'essenza del contratto incidendo soltanto sull'estensione degli obblighi delle stesse, e dunque vi ravvisa la funzione di limitare l'*obligation de garde* del banchiere fino ad certo *plafond*, oltre il quale il banchiere non assume alcuna obbligazione[17]. Più incerta è la posizione della giurisprudenza, in particolare della *Cour de Cassation*[18]. La quale, di fronte ad opposte qualificazioni delle clausole in oggetto prospettate dalla banca e dal cliente rispettivamente, come era da attendersi, in termini di limitazioni dell'obbligazione di sorveglianza o, invece, di limitazioni della responsabilità, non compie una scelta decisa. E preferisce piuttosto collocarsi sul terreno dell'interpretazione del contratto, rimettendo all'autonomia delle parti la determinazione del tipo di clausola che di volta in volta hanno inteso adottare nel singolo contratto.

Si tratta di un'impostazione, senza dubbio non radicale come quella della Corte di cassazione italiana, ma che, per l'incertezza cui dà luogo nella pratica, induce a chiedersi se in sede di codificazione europea non sia il caso di rimettere al legislatore stesso l'effettuazione di una scelta – in via diretta ed espressa o anche indiretta – in relazione alla natura delle clausole in oggetto.

---

[16] Così J.-L. RIVES-LANGE, *Cronique de jurisprudence bancaire*, *sous* Cass. Com. 15.1.1985, in *Banque*, 1985, 641.

[17] Cfr., ad es., P. DELEBECQUE, *Note sous* Cass. civ. 15.11.1988, in D. 1989 J. 349; J.-L. RIVES-LANGE, *Cronique*, *sous* Cass. com. 22.5.1991, in *Banque*, 1991, 759; P. MALAURIE - L. AYNES, *Droit civil*, Tome VIII, *Les Contrats spéciaux*[11], Paris, 1997, p. 496.

[18] Cfr. le due sentenze citt. alla nota che precede.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Interrogativo, questo, che ci riporta innanzitutto alla norma di partenza contenuta nell'art. 1839 per chiederci se, ponendoci sul piano dell'efficienza economica se non su quello dell'equità, essa meriti di essere recepita nel CEC così come è strutturata. Ora, tale art. 1839 – non facendo alcun riferimento, lo si è visto, né al contenuto della cassetta né alla conservazione dello stesso, cui il servizio, come ho già rilevato, non può non essere finalizzato – in pratica, e cioè così com'è stato interpretato dalla giurisprudenza, non ha consentito di determinare o di far validamente dichiarare al cliente un limite di valore dei beni da immettere nella cassetta. Limite, questo, che potrebbe risultare anche in via indiretta – secondo un ultimo suggerimento, del 1995, ancora una volta dovuto all'ABI – attraverso una scelta rimessa al cliente del massimale assicurativo adeguato a coprire il rischio, gravante sulla banca, di risarcimento dei danni conseguenti al danneggiamento o al venir meno del contenuto della cassetta. Fino ad oggi tuttavia, stante l'assoluta chiusura della Corte di cassazione di fronte ai vari tentativi di rendere edotta la banca circa il valore del contenuto delle cassette, la banca medesima in primo luogo non è in grado di assumere quelle misure di carattere organizzativo concernenti il sistema di protezione dei locali e della cassetta che possono variare a seconda del valore dei beni da custodire (ben potendo la banca, per cassette destinate a contenere cose di grande valore prevedere, a quanto si osserva, uno spazio all'interno dei *caveaux* ove la stessa conserva propri valori e, per la custodia di beni di importanza non così rilevante, destinare altri locali pur dotati, ovviamente, di idonei dispositivi di sicurezza, ma non ad altissimo costo come accade per quelli di certi *caveaux*). D'altra parte, il difetto di ogni informazione circa il valore dei beni da immettere nelle cassette rendendo impossibile, per la banca, una valutazione preventiva dei danni conseguenti all'inadempimento, fa sì che i relativi rischi diventino virtualmente illimitati. E ciò con conseguenze che non possono non aggravare la posizione della banca (come quella delle imprese che offrono il servizio delle cassette di sicurezza) che intenda cautelarsi ricorrendo ad una copertura assicurativa. Misura, questa, oggi più che mai necessitata anzitutto dal perfezionarsi di tecniche effrattive sempre più sofisticate, che non consentono più alla banca, come invece avveniva in passato, di risolvere il problema di questi rischi solo attraverso l'adozione di sistemi di sicurezza fisica; d'altra parte, la misura in oggetto è resa inevitabile anche dall'atteggiamento tenuto dai giudici nel decidere casi di responsabilità bancaria alla

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

luce di criteri che, come si è visto, rasentano quelli propri alle fattispecie di responsabilità oggettiva. E se, come ho appena rilevato, quella dell'assicurazione si pone, in modo particolare per questo contratto, come una via obbligata, debbo anche rilevare che le imprese di assicurazione, per principio, non assicurano per rischi di entità illimitata[19]. Così, ad esempio, una prassi affermatasi qualche anno fa, in materia di responsabilità civile per autoveicoli, di stipulare polizze a massimale illimitato, è stata, a quanto mi consta, successivamente abbandonata. E, anche a considerare le c.d. polizze "salute" adottate in alcuni Paesi con massimale formalmente illimitato, i rischi ad esse relativi sembrano essere meno forti di quelli, assolutamente imprevedibili, connessi alla sottrazione o perdita di beni di valore del tutto sconosciuto, come quelli introdotti in una cassetta di sicurezza. Di qui la prassi assicurativa corrente nei diversi Paesi di stipulare con le banche, nel quadro di una polizza danni globale, una copertura per le cassette di sicurezza che non supera un certo *plafond*. Prassi cui le assicuratrici sono indotte anche perché, per contratti di entità ragguardevole come quelli stipulati con le banche, esse debbono rivolgersi a riassicuratori operanti nei mercati internazionali, i quali – e sono loro in definitiva a condurre il gioco – per regola esigono la fissazione di tetti che delimitano l'estensione della copertura assicurativa.

Mi chiedo allora se non sia il caso di discostarci dal testo dell'art. 1839 nel senso di prevedere espressamente, nella regola introduttiva da elaborare per il nostro CEC, un obbligo di custodia esteso anche al contenuto della cassetta. Seguendo questa via, come si è visto, in caso di perdita, danneggiamento e simili del contenuto di una cassetta che risulti di valore superiore a quello direttamente o indirettamente dichiarato, in relazione al quale soltanto la banca ha assunto l'obbligo di custodia, sarebbe esclusa in radice ogni questione di responsabilità della banca, non potendosi parlare, con riguardo a tale *surplus*, di inadempimento. E, ponendosi nell'ottica del comportamento del cliente, poiché tale perdita non si sarebbe verificata se egli, conformemente agli accordi, avesse immesso nella cassetta solo beni di valore non superiore a quello dichiarato, c'è piuttosto da chiedersi se la perdita stessa non possa considerarsi come dovuta ad un "fatto" del cliente che è tale da escludere il suo

[19] In questo senso, si veda anche M.A. RAGNO, *Cassette di sicurezza: ancora sulla limitazione di responsabilità della banca*, cit., 199.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

diritto al risarcimento del danno in base all'art. 167, al. 1, del CEC[20]: norma che offre una soluzione di carattere oggettivo a quel problema che nell'art. 1227, comma 2, cod. civ. it. viene invece risolto facendosi perno sulla "ordinaria diligenza".

Contro una proposta di questo tipo vi è chi potrebbe obiettare che non si può configurare un obbligo di custodia del contenuto della cassetta perché – come è stato sostenuto – "non vi può essere attività di custodia delle cose introdotte nella cassetta quando non vi è nessuna consegna delle stesse alla banca e quando il contenuto della cassetta può essere in ogni momento modificato dal cliente e sfugge in modo assoluto alla banca"[21]. E' questa un'obbiezione da considerare anche perché in via immediata sembra poggiare su considerazioni di stretta logica (più che su soluzioni emergenti da un dato diritto positivo). E' dunque il caso di fermarci innanzitutto sul primo e sull'ultimo preteso ostacolo alla configurabilità di un obbligo di custodia del contenuto: e cioè, sia sul rilevato difetto di consegna di detto contenuto alla banca, sia sulla circostanza che questo "sfugge in modo assoluto alla banca" stessa. Al riguardo, si può osservare quanto segue. In primo luogo, ci si può chiedere se il tipo di attività richiesta alla banca verrebbe a mutare ove, in ipotesi, i beni fossero fisicamente consegnati ad un suo addetto e da questo immessi nella cassetta. A me pare che l'attività della banca dovrebbe esplicarsi sempre e comunque attraverso l'adozione di cassette dotate di certe caratteristiche tecniche e inserite in locali muniti di dispositivi di protezione e di sicurezza via via aggiornati, per difenderle da tentativi di effrazione come da altri fatti altrimenti idonei a comprometterne l'integrità. Si può insomma ritenere che nel servizio delle cassette di sicurezza la custodia delle cose avvenga in ogni caso attraverso l'adozione e la custodia di un dato tipo di involucro che le contiene e che è installato nell'ambiente protetto cui ho fatto cenno. D'altra parte, sempre con riguardo alla configurabilità di un dovere di custodia di beni quale inerente al contenuto di un contratto, pur in difetto di

[20] Art. 167 (*Fait du créancier*) al. 1, CEC: "*Aucune réparation n'est due pour le dommage qui ne se serait pas produit si le créancier avait adopté les mesures nécessaires de son ressort avant qu'il ne se produise*". Sulla *ratio* di questa disposizione, si veda CEC[3], *Rapports du coordinateur*, Milano, 2004, p. 408.

[21] Vedi G. FERRI, voce *Cassette di sicurezza*, in *Enc.dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 460; A. FIORENTINO, in *Commentario cod.civ.* a cura di Scialoja e Branca, *Libro Quarto, Delle obbligazioni, sub.* art. 1839, p. 450. Similmente, nella letteratura francese, cfr. P. MALAURIE – L. AYNES, *Les contrats spéciaux*, cit., n. 868.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

consegna in senso stretto degli stessi, è forse il caso di richiamare l'obbligo, gravante sull'albergatore, di custodia indiretta, e cioè senza detenzione, di cui si parla nella dottrina[22] e nella giurisprudenza[23] italiane con riguardo alle cose "portate" in albergo dal cliente (ma non specificamente consegnate nelle mani dell'albergatore e di cui, in particolare, all'art. 1783, comma 2, n. 1 cod. civ. it.).

Ma forse più interessante, ai fini del discorso che sto conducendo, è una disposizione del *Code civil*, l'art. 1931, concernente quei depositi chiusi dai quali trae origine il servizio delle cassette di sicurezza. A tenore di tale norma (riprodotta nel codice civile italiano del 1865[24]), il depositario "ne doit pas chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé on sous une enveloppe cachetée". Questo testo, la cui chiave di lettura di solito è rinvenuta – ovviamente – nella tutela di un'esigenza di segretezza[25], mi pare attesti anche, sia pure indirettamente, ma con chiarezza, la compatibilità di un dovere di custodia – essenziale ad ogni deposito – quale riferito a beni con il difetto di conoscenza dell'identità degli stessi nel soggetto tenuto all'attività di vigilanza. In altre parole, col sistema dei depositi chiusi, così come poi avverrà con quello, ritenuto più sicuro, delle cassette, la custodia dell'involucro – sia esso una cassa chiusa o una busta sigillata o, appunto, una cassetta – è l'unico modo con cui può attuarsi la custodia del contenuto. Di qui, tra l'altro, la responsabilità della banca riferita, allora come adesso, all'integrità esterna dell'involucro[26] non perché, io credo,

---

[22] Cfr. M. FRAGALI, voce *Albergo (contratto di)*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 984; R. PREDEN, voce *Albergo (contratto di)*, in *Enc. dir., Appendice di aggiorn,* II, Giuffrè, Milano 1998, p. 58.

[23] Cass. civ., Sez. I, 27 aprile 1984 n. 2633 S.p.A. C.I.G.A. c. Finzi , in *Giust. civ.*, 1985, I, 136.

[24] L'art. 1847 cod. civ. it. del 1865 disponeva che il depositario "non può in alcun modo tentare di scoprire le cose depositate presso di sé, quando gli sono state affidate in una cassa chiusa o in un involto suggellato".

[25] Cfr., ad es., P. MALAURIE-L. AYNES, *Les contrats spéciaux,* cit., n. 893 e, con riguardo alla corrispondente disposizione dell'art. 1847 cod. civ. it. del 1865, G. MIRABELLI, *Contratti speciali*, Napoli, 1905, p. 265; G. INTERDONATO, voce *Deposito*, in *Enc.giur. it.*, Milano 1911, n. 35.

[26] L'affermazione che la banca "risponde della *integrità esteriore*…della cassetta" si legge già, prima dell'attuale codificazione, in L. BOLAFFIO, *Il servizio dei depositi chiusi mediante le cassette forti di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 468, ma non riveste presso questo autore quella valenza preclusiva di un'obbligazione di custodia avente ad oggetto il contenuto della cassetta che acquisterà successivamente, di fronte alla lettera dell'art. 1839, quale interpretata soprattutto

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

un'obbligazione di custodia dei beni in esso racchiusi sarebbe del tutto inconcepibile e non potrebbe quindi rientrare tra i doveri facenti capo alla banca e dunque nel contenuto del contratto: ma, ripeto, perché salvaguardare l'integrità esterna del contenitore significa salvaguardare ciò che vi è stato immesso.

A questo punto, mi sia consentito tornare al testo dell'art. 1931 *Code civ.*, e alla sua origine storica, poiché credo che anche ponendosi in questa prospettiva possa risultare confermata la linea di ragionamento che ho ritenuto implicita nella norma stessa. Il precedente più immediato del testo in oggetto è sicuramente costituito da un passo del Trattato sul deposito di Pothier, e precisamente da uno dei "corollari" che il giurista fa discendere dalla regola generale che pone a carico del depositario l'obbligo di "garder avec fidélité la chose"[27]. Da questo deriverebbe, secondo Pothier, l'obbligo di rispettare il segreto di cui il depositante ha inteso circondare ciò che ha depositato, come quando si è servito di una "cassette fermée" o anche, per riporvi un testamento o altre carte, di una "enveloppe cachetée". Anche qui, come si vede, *l'obligation de garde* si estende a contenuti che sono e debbono restare sconosciuti al depositario. Ma gli esempi fatti da Pothier interessano anche perché, nella loro specificità, ci riconducono a loro volta alla fonte (o alle fonti) che li hanno ispirati: certamente un passo del Digesto, citato dallo stesso Pothier, relativo alla lettura, in violazione del segreto, di tavole testamentarie da parte del depositario[28] e, verosimilmente, un altro passo del Digesto stesso[29] che, collocato vicino al primo e riportato da Pothier nelle sue Pandette[30], non sembra essergli sfuggito neppure quando ha formulato il primo degli esempi appena riferiti. In quest'altro passo, Ulpiano parla del deposito di una "cista signata" e cioè di una cassa sigillata, e con

dalla Corte di cassazione. Al contrario, sia nel lavoro di Bolaffio, sia nella letteratura ad esso coeva (cfr., ad es., A. ARCANGELI, *Il servizio bancario delle cassette-forti di custodia*, in *Riv. dir. comm.* 1905, I, 280; F. CARNELUTTI, *Natura del contratto di cassetta-forte per custodia*, in *Riv. dir. comm.* 1911, II, 902), è ricorrente una configurazione del dovere di custodia della banca che conferma quella qui prospettata. E ciò indipendentemente dall'inquadramento – che qui non interessa – del contratto di cassette nell'ambito del deposito o di altra figura.

[27] R. J. POTHIER, *Traité des Contrats de bienfaisance*, Tome Ier, Paris, 1807, n. 38.

[28] Dig. 16, 3, 1, 38 (Ulp. 30 ad ed.).

[29] Dig. 16, 3, 1, 41 (Ulp. 30 ad ed.).

[30] Cfr. *Pandette* riordinate da R.G. POTHIER, vol. II, Venezia, 1833, Titolo XVI, 3, 1, XLVI.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

riguardo all'*actio depositi* dà conto di opposte opinioni circa la ripetibilità della sola cassa o anche delle cose in essa contenute, per concludere nel secondo senso approvando il pensiero di Labeone, ad avviso del quale "eum qui cistam deponit, singulas quoque res videri deponere"[31]. Non posso sviluppare ulteriormente questi richiami storici, e anzi mi scuso per la lunga parentesi, anche se credo che essa già valga, quanto meno, a relativizzare la portata dell'obbiezione qui in esame all'eventuale introduzione nel nostro CEC di un dovere di custodia riferito al contenuto della cassetta.

Volendo comunque riflettere ulteriormente sulla predetta obbiezione, passo ad un altro rilievo. Si può ritenere che chi esclude la configurabilità di un'obbligazione di custodia quanto al contenuto della cassetta, facendo leva sul difetto di una consegna alla banca, identifichi la nozione di custodia con quella legislativamente prevista in relazione al deposito. Contratto, questo, che, a livello di codici come quello italiano, è configurato come reale. Se così è, di fronte ad una tale impostazione ricorderei anzitutto che l'elemento della consegna, proprio della tradizione romana, appare oggi, in gran parte degli ordinamenti europei – se non a livello legislativo, quanto meno in sede dottrinale e giurisprudenziale – tutt'altro che un dato irrinunciabile e necessariamente caratterizzante dei cosiddetti contratti reali. E del resto, nella discussione che è stata fatta due anni fa, durante il convegno del nostro gruppo di lavoro dedicato ai contratti di deposito, sequestro convenzionale, comodato e mutuo nella prospettiva dell'unificazione, l'orientamento largamente condiviso è stato quello di non prescrivere nel nostro progetto la consegna in modo tassativo[32].

Considerando adesso la seconda ragione ostativa alla configurabilità di un obbligo di custodia fondata sul fatto che il cassettista può, quando crede, modificare il contenuto della cassetta, vorrei fare una notazione che traggo da André Tunc: «Lo stesso può verificarsi per qualsiasi deposito», così come il depositario può lasciare che il depositante riprenda la sua cosa. «Ciò che è essenziale è che il depositario non si limiti a lasciare riprendere la cosa, ma che egli assuma … l'obbligazione attiva di fare in modo che questo

[31] Tale soluzione, condivisa da Ulpiano, è approvata anche da CUIACIO, *Opera*, *Tomus tertius*, Prati, 1860, *Ad L. VI*, p. 56.

[32] Sulla discussione evocata nel testo, cfr. M.L. RUFFINI GANDOLFI, *Le Code européen des contrats - Livre I, à l'Institut de France, etc.,* in *Rev. int. dr. comparé*, 2006, 960 s.; ID., *I contratti reali nella prospettiva di una codificazione europea: elementi per una discussione*, in *Jus*, 2006, 341 ss.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

recupero della cosa sia possibile il giorno in cui il depositante lo desideri, dunque essenziale è l'obbligo di sorvegliare la cosa e tale è precisamente l'obbligazione della banca»[33].

Sono perfettamente consapevole – stante anche quanto ho accennato all'inizio sul tradizionale contrasto in ordine alla natura giuridica del contratto qui in esame – che questa impostazione è inaccettabile per quanti, come avviene per una parte della giurisprudenza e dottrina non solo italiane, ma, ad esempio spagnola e tedesca[34], rifiutano qualsiasi analogia tra il contratto di cassette di sicurezza e il deposito e dunque la configurabilità nel primo di un dovere di custodia riferito al contenuto della cassetta, sul rilievo, tra l'altro, che – come sembra evincersi, in particolare, dalla stessa dottrina germanica[35] – il contratto di cassette di sicurezza si può stipulare in via preventiva e dunque in assenza di un oggetto da custodire. E ciò per optare, spesso, per una qualificazione in termini di locazione della cassetta (dal cui contenuto esula qualsiasi obbligo di custodia riferito ai beni). A mio avviso, si tratta di rilievi che appaiono da un lato non decisivi e, dall'altro, inidonei ad affrontare il problema pratico – quello della sicura custodia di beni – che l'utente vuol risolvere ricorrendo al servizio delle cassette di sicurezza. Ovviamente, finchè nella cassetta non venga immesso alcunchè, non sorgerà una responsabilità della banca in casi di effrazione, asportazione della cassetta, e simili (ove la banca riesca di dimostrare che nulla era stato introdotto nella cassetta). Il che però non vale ad escludere che la funzione del contratto sia quella di assicurare al cliente la custodia dei beni immessi. D'altra parte, ritenere che il contratto in esame debba rientrare nella locazione significa far ricorso ad uno schema che è volto, essenzialmente, a garantire solo l'utilizzabilità e il pacifico godimento della cosa locata

[33] A. TUNC, *Nature juridique du contrat de coffre-fort*, cit., p. 35.

[34] Per l'Italia, cfr., ad es., Cass. civ., Sez. I, 7 maggio 1992 n. 5421, cit. *supra*, nota 6; Trib. Milano, 14 settembre 1989, Belloni c. Banca prov. lomb., in *Foro it.*, 1990, I, 1038, con nota di G. PONZANELLI. Per un esame della dottrina, cfr., da ult., P. PAPANTI-PELLETIER, *Cassette di sicurezza*, cit., 190 ss. Per la Spagna, si vedano, ad es., J. FERNANDEZ MERINO, *Las cajas de seguridad*, in AA.VV. *Contratos bancarios y parabancarios* (dir. da V. NIETO CAROL), Valladolid, 1998, p. 1073 ss.; X. AÑOVEROS TRIAS DE BES, *El contrato bancario de servicio de cajas de seguridad,* Valencia, 2003 p. 95 s., nota 46, ss. Per la Germania, cfr. C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, 2 Aufl. Berlin-New York, 1981 n. 2224 ss.; W. GÖSSMANN, *Safevertrag, Schließfach*, in *Bankrechts-Handbuch*, II, München 2001, § 73., RdNr 1 ss.

[35] GÖSSMANN, *Safevertrag*, cit., RdNr2.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

e non anche ad assicurare all'utente la conservazione e il recupero dei beni in essa introdotti. Mentre proprio questi scopi giustificano quella previsione, inerente alla disciplina del servizio delle cassette, quale emerge dai diversi ordinamenti, di un obbligo della banca di provvedere alla sicurezza delle cassette.

Non mi pare il caso, comunque, di procedere oltre in questo discorso sia perchè ancorato all'idea ormai inattuale (specie per il diritto italiano, a causa della presenza dell'art. 1839) della tipicità delle figure contrattuali, sia perché il compito che questo gruppo si è prefisso è quello di elaborare un progetto di codice e dunque di operare come un legislatore: con quella libertà che evita di restare imbrigliati entro schemi offerti da testi legislativi nazionali e consente piuttosto di superare le *impasse* cui questi possono aver dato luogo. E ciò, naturalmente, nel rispetto di quei limiti che sono rappresentati, nell'elaborazione di una nuova disciplina, della sua conformità a canoni della logica giuridica, come dalla sua congruità o opportunità sotto il profilo economico.

3. – Quanto ho appena affermato sull'esigenza di congruità, sotto il profilo economico, delle soluzioni normative da proporre per il CEC, mi induce a non limitarmi alle brevi considerazioni, già da me prospettate, circa gli ostacoli frapposti ad un'efficiente politica gestionale del servizio in esame: mi riferisco all'atteggiamento della Corte di cassazione italiana in merito alle clausole contrattuali dirette a far emergere il valore del contenuto delle cassette.

Ritengo, cioè, di dover allargare il discorso per dare qui conto, brevemente, dell'interessante contributo offerto da una parte della dottrina italiana, per la quale l'elevato tasso di litigiosità (e il conseguente spreco di risorse) determinato da tale presa di posizione della Corte Suprema, in ordine alla sorte di dette clausole, fa della relativa vicenda un caso paradigmatico per una sua revisione alla luce dell'analisi economica del diritto.

Per considerare soltanto alcuni punti centrali di un tale riesame della problematica in oggetto nell'ottica della logica economica[36], rileverò che punto di partenza dello stesso è l'affermazione della necessità per la banca, che deve fronteggiare i

[36] Per un esame più articolato del problema della responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza alla luce dell'analisi economica del diritto, rinvio ai lavori di (in ordine cronol.) F. Caringella, M.A. Ragno, R. Pardolesi, G. Bellantuono, G. Maccaboni, citt. *supra*, alle note 6 e 7.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

rischi di sottrazione o distruzione del contenuto delle cassette – attraverso misure di protezione fisica come di copertura assicurativa – di valutare preventivamente, tra l'altro, l'entità del danno conseguente all'avverarsi di tali rischi: entità direttamente correlata a quel dato non omogeneo ma variabile, come si è visto, in relazione a ciascun cliente o quanto meno a diverse classi di clienti, che è costituito dal valore dei loro beni. In assenza di informazioni relative a tale valore, la banca non può innanzitutto calcolare i costi che, ai fini di una gestione efficiente del rischio di impresa, dovrebbe sostenere in misure precauzionali; né la stessa può praticare una distribuzione, tra i cassettisti, dei costi comunque preventivati o affrontati, che tenga conto delle diverse tipologie di cassettisti in funzione del maggiore o minor valore dei loro beni: da attuarsi, questa distribuzione, attraverso una differenziazione dei corrispettivi richiesti per il servizio. Sicchè la banca che, prudentemente e per una ragione di immagine verso i clienti quale custode affidabile dei loro beni, decida di farsi carico di costi idonei a fronteggiare i rischi propri ai clienti che immettano nelle cassette valori ingenti, prenderà facilmente precauzioni eccessive. Ad esempio, per quanto riguarda l'assicurazione, opterà, nel quadro della polizza globale cui ho fatto cenno sopra, per un *plafond* medio di copertura dei rischi più alto di quelli che concorderebbe con l'assicuratrice se potesse far fronte separatamente, e cioè con massimali *ad hoc*, ai rischi cui sono esposti, rispettivamente, i cassettisti di grande e piccolo calibro. Di qui il risultato, economicamente inefficiente e contrario agli interessi di questi ultimi, del c.d. sussidio incrociato, in forza del quale sui medesimi, in assenza di una differenziazione dei corrispettivi dovuti alla banca, viene trasferita anche una parte dei maggiori costi che questa affronta per tutelare i clienti ad alto rischio, i quali, all'opposto, corrisponderanno, è ovvio, un compenso sproporzionatamente basso in rapporto all'entità della protezione che ricevono.

A questi squilibri, conseguenti alla scelta operata dalla banca, di adottare precauzioni di livello abbastanza alto (o massimamente alto, come vorrebbe la Corte di cassazione italiana) potrebbe in ipotesi far seguito, da un lato, una rinuncia al servizio da parte degli utenti a basso rischio, a causa del corrispettivo per loro troppo alto, e, dall'altro, la cessazione del servizio stesso da parte della banca. D'altra parte, l'assoluta mancanza di informazioni circa il valore del contenuto delle cassette, come circa il numero dei cassettisti a rischio elevato e di quelli a basso rischio, potrebbe anche indurre

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

talune banche a sottostimare l'entità degli eventuali danni da distruzione o sottrazione di tale contenuto e, di conseguenza, ad operare una scelta opposta a quella appena considerata, così da richiedere al cliente un corrispettivo basso. E ciò, anche al fine di evitare da parte degli utenti di basso calibro la rinuncia al servizio delle cassette e, con essa, ad altri servizi cui la banca tiene principalmente e in funzione dei quali continua ad offrire quello, oggi per lei non più interessante, delle cassette. Nel caso appena ipotizzato, anche se, a quanto pare, meno probabile del precedente, la mancanza di informazioni porterebbe, ciò che sarebbe grave, al risultato, opposto a quello che la giurisprudenza con la sua severità vorrebbe perseguire, di predisporre misure insufficienti di protezione.

Da questo quadro mi pare emergano già, senza che si debbano svolgere altre considerazioni di ordine economico, ulteriori ragioni a sostegno di una nuova disciplina che consenta di far confluire nel contenuto valido del nostro contratto clausole volte a far acquisire alla banca informazioni relative al valore (o a classi di valore) di quel contenuto delle cassette che la banca stessa si obbligherà a custodire. Soluzione questa, che come è evidente consentirebbe alla banca sia di programmare costi adeguati a far fronte a categorie di rischi diverse, sia, correlativamente, di richiedere corrispettivi proporzionali a tali costi, così da evitarsi gli squilibri appena rilevati.

Una proposta come quella che si sta delineando forse non troverebbe ostacoli insuperabili nel contesto europeo: con riguardo al quale, tuttavia, sottolineo che il condizionale è d'obbligo. Tra l'altro perché lo scenario che si profila, considerando il regime del contratto in esame nei principali ordinamenti europei, non rivela affatto – ad eccezione, forse, della Spagna che almeno a livello dottrinale sembra collocarsi in linea con l'Italia – quel dibattito ampio ed intenso tra gli autori, e tra questi e la giurisprudenza, che in Italia ha portato a sviscerare sotto ogni aspetto, con un'attenzione, direi, esasperata, la questione delle clausole limitative più volte richiamate. Al contrario, vi sono ad esempio dei Paesi per i quali la materia bancaria non è certo di importanza minore, come l'Inghilterra, ove sul problema in esame con riguardo ai *safe-deposit boxes* la giurisprudenza sembra tacere[37], o anche come la Svizzera,

[37] Alla situazione sopra segnalata corrisponde, in Inghilterra, una quasi assenza di casi recenti con riguardo all'intera materia delle cassette di sicurezza e

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

ove nella dottrina specialistica, affrontandosi ad esempio il problema della responsabilità della banca, non si citano decisioni di quel Paese, ma ci si riferisce soltanto alla giurisprudenze francese e belga in tema di fortuito, così come ci si limita a constatare, senza alcun commento, la presenza, nei formulari proposti da alcune banche, di tetti massimi relativi al *quantum* di responsabilità delle banche stesse[38].

In questo contesto non particolarmente ricco di suggestioni – se si eccettua quanto già rilevato con riguardo all'esperienza francese nonchè quanto emerge, su una linea prevalentemente opposta e vicina all'impostazione della Cassazione italiana, da una parte della dottrina spagnola[39] – debbo però segnalare due contributi di membri della nostra Accademia. Mi riferisco ad Harvey McGregor e Claus-Wilhelm Canaris. Con il primo ho avuto uno scambio di idee anche per via epistolare, grazie al quale, pur in assenza di autorità giurisprudenziali, la situazione del diritto inglese e di quello scozzese può essere presuntivamente rappresentata come segue. Innanzitutto si distingue con chiarezza il problema della responsabilità, limitabile entro i confini della *negligence*, da quello del contenuto degli obblighi facenti capo alle parti del contratto in esame. E, quanto a questi ultimi, si precisa che – sono le parole di McGregor – "non si vedono ragioni perché la banca non potrebbe impegnarsi ad accettare solo beni aventi un valore determinato, ciò che è normale nella contrattazione"[40], proponendo contestualmente, la banca al cliente, una copertura assicurativa a spese di quest'ultimo.

Mediante una clausola qualificata come limitativa (non dell'obbligazione, ma) della responsabilità, Canaris vede con favore la fissazione nel contratto, in correlazione con un dato canone, di un ammontare massimo della responsabilità della banca, che sia modificabile, d'accordo con il cliente, dietro pagamento di un canone più elevato, tenuto conto dell'incidenza, a livello di costi, del

---

di quelli che noi denomineremmo "depositi chiusi". In letteratura, per indicazioni sul problema della responsabilità della banca, in quest'ambito, si vedano, ELLINGER'S *Modern Banking Law* (by E. P. ELLINGER, E. LOMNICKA, R. HOOLEY), Oxford, 2005, p. 680; *Banks as bailees*, in *Encyclopaedia of Banking Law*, London, 2006, 9, D 281 ff.

[38] Si veda D. GUGGENHEIM, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*[4], Georg. Ed., 2000, p. 238.

[39] Si veda, da ult., I. HUERTA VIESCA, *La responsabilidad bancaria en el contrato de caja de seguridad*, Valencia, 2003, p. 197 ss. e letteratura ivi cit.

[40] *Note* (unpubl.), London 2008.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

premio assicurativo. Si tratta, a suo giudizio, di un mezzo per "raggiungere la necessaria flessibilità, grazie al quale i clienti possono realizzare i loro interessi, molto diversi, ad un risarcimento più o meno elevato, e la banca può venire a conoscenza dell'ammontare del rischio e può ottenere un corrispettivo adeguato"[41].

Le due impostazioni appena riferite, pur differenziandosi sotto il profilo della natura delle clausole volte a rendere edotta la banca del valore del contenuto delle cassette, mi pare abbiano in comune questa idea, più o meno espressamente manifestata: che un regime del contratto in esame volto a rendere possibile una gestione efficiente del servizio, nell'interesse di entrambe le parti, dovrebbe postulare la possibilità di determinare – direttamente o indirettamente – dei tetti massimi dei valori da custodire e, con essa, una conoscenza da parte della banca dei rischi che il servizio comporta. Con conseguente possibilità di determinare (o concordare col cliente) un corrispettivo adeguato.

Non vi è spazio, insomma, in queste impostazioni, per l'idea fatta propria dalla Cassazione italiana (e riecheggiata presso una parte della dottrina spagnola) di quella diligenza massima richiesta sempre e comunque alla banca, che impedirebbe una differenziazione dei livelli di sicurezza (sia fisica, sia tramite l'assicurazione)[42], nè vi è spazio per una enfatizzazione, quale invece traspare dai sindacati di questa stessa Corte, della "segretezza che assiste tutte le operazioni del cliente", e che porterebbe così a ricondurre il rapporto in oggetto alla categoria dei "contratti commutativi a rischio naturale illimitato"[43]. In altre parole, la

[41] *Bankvertragsrecht*, cit., RdNr 2226.

[42] Cfr., ad es. Cass civ., Sez. I, 23 febbraio 1995 n. 2067, Mazzarda e altri c. Monte dei Paschi di Siena, in *BBTC* 1995, II, 465: "Le prestazioni della banca non subiscono alcuna variazione in relazione al valore degli oggetti immessi nelle cassette, rimanendo inalterati gli obblighi di custodia, che non sono suscettibili di alcuna differenziazione o gradualità a seconda del valore del contenuto delle cassette che è e deve rimanere estraneo al rapporto". Ancora più esplicita Cass. civ., Sez. I, 3 novembre 1989, n. 4604, Monte dei Paschi di Siena c. Carbone e altri, in *Foro it*., 1990, I, 1620 "La pattizia limitazione di valore …. ancorché ragguagliata a vari livelli di canone … è … inconciliabile con la funzione che il legislatore ha voluto assegnare alle cassette di sicurezza, avendo ritenuto che la banca, in virtù dei mezzi, della professionalità e degli strumenti di cui possa disporre, possa fornire un servizio caratterizzato dal massimo della sicurezza ipotizzabile contro eventi dannosi umani e naturali".

[43] Così Cass., Sez. Un., 1° luglio 1994 n. 6225, cit. *supra*, nota 6 (p. 214).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Cassazione italiana, in due sentenze che si integrano a vicenda e dalle quali vengono qui tratte le espressioni significative, fa assurgere "a finalità del contratto" la "segretezza" – sulla quale, tra l'altro, il codice neppure si esprime – "(anche nei confronti della banca) circa l'identità e il valore dei beni oggetto di tutela"[44]: una finalità coordinata e quindi autonoma rispetto a quella della "protezione"[45]. Mentre in altri diritti – da quello francese, a quello inglese, tedesco e svizzero, nel quale ultimo ad esempio, si considera ammissibile la predisposizione, d'accordo fra le parti, di una lista degli oggetti contenuti in una data cassetta[46] – è essenzialmente sull'obbiettivo della sicurezza che si pone l'accento.

Collocandosi in questa diversa prospettiva, si potrebbe considerare il segreto (non come attinente all'essenza del contratto, ma semmai) come una delle modalità di esecuzione del contratto stesso diretta, sì, a rafforzare il sistema della sicurezza, ma regolabile dall'accordo delle parti in modo più o meno stretto e rigoroso. Sicchè potrebbe, questa segretezza, inerire non tanto al valore dei beni, direttamente o anche indirettamente dichiarabile, ma solo all'identità degli stessi (così da far venir meno le preoccupazioni di chi ha visto nel servizio in esame anche uno strumento di difesa della vita privata, quale riflessa in oggetti, documenti, ecc. conservati nelle cassette)[47]. Aggiungerei, infine, un'altra considerazione: nel valutare una soluzione di questo tipo – circa la portata del segreto – si potrebbe anche tener conto della circostanza che chi verrebbe informato della presumibile entità del contenuto delle cassette è la parte di un rapporto a carattere fiduciario, e, trattandosi di una banca, è anche un soggetto che dovrebbe agire nel rispetto di quel dovere di riservatezza che di regola assiste le operazioni concluse

[44] Così Cass. civ., Sez. I, 3 novembre 1989, cit. *supra*, nota 6.

[45] Così, precisamente, Cass., Sez. Un., 1° luglio 1994 n. 6225, cit. *supra* nota 6, p. 211. Nello stesso senso, si veda I. HUERTA VIESCA, *La responsabilidad bancaria*, cit., p. 231.

[46] Così D. GUGGENHEIM, *op. loc.* citt. Nella dottrina italiana, in particolare, A. CERRAI, *Cassette di sicurezza*, cit., p. 14 sottolinea che la "complessa attività di custodia" esplicata dalla banca "è essa stessa finalizzata a realizzare la sicurezza di valori, la quale costituisce…il fondamento socio-economico del contratto".

[47] Cfr. P. PAPANTI-PELLETIER, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milano, 1988, p. 2.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

con la clientela[48]. Un dovere questo, che può essere sanzionato come previsto dall'art. 8 del CEC[49].

D'altra parte, sempre in tema di segretezza, io riterrei che un rischio di compromissione della stessa, ben più grave di quello di un'eventuale fuga di notizie dalla banca, circa il massimale assicurativo scelto dal cliente, possa essere rappresentato dall'impostazione legislativa in base alla quale, come la Relazione

[48] Senza aprire qui un discorso sul c.d. segreto bancario, non nego certo che esso assuma portata e significato diversi nei vari ordinamenti (si veda, in proposito, R. CRANSTON, *Il dovere di riservatezza delle banche*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1996, I, 165 ss.), e che in Italia, ad es., venga da alcuni messo in forse il suo stesso fondamento giuridico, anche se l'opinione maggiormente condivisa è nel senso che l'ordinamento lo riconosca in linea di principio (cfr., in vario senso, C. SILVETTI, in V. CALANDRA BUONAURA – M. PERASSI – C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato Cottino*, Padova 2001, p. 463 ss.: F. GIORGIANNI – C.M. TARDIVO, *Diritto bancario*, Milano, 2006, p. 502 ss. e letteratura ivi cit., nonché, in giurisprudenza, Cass. civ., Sez I, 18 luglio 1974 n. 2147, Gentili c. Banca Morgan Vonwiller spa, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1974, II, 143; Corte cost. 18 febbraio 1992 n. 51, Soc. Arrital cucine c. Ufficio imposte indirette di Pordenone, in *Foro it.*, 1992, I, 1038). In relazione a quanto ho affermato sopra, nel testo, mi limiterei ad osservare che, nella prassi, le banche sono di solito indotte, anche nel loro interesse, a rispettare il segreto con riguardo alle operazioni e, più in generale, ai rapporti e contatti con i clienti, su cui terzi estranei chiedano informazioni. Il che vale in particolare quando dichiarano ai clienti stessi di doversi attenere alle regole al riguardo contenute nei codici di autodisciplina elaborati dall'ABI. E ciò, anche tenuto conto di varie dichiarazioni e comunicati del Garante per la protezione dei dati personali, il quale ha tra l'altro sottolineato che "al di fuori di casi di eventuali comunicazioni dei dati collegati alle ordinarie operazioni eseguite dai clienti, alle prestazioni richieste o ai servizi erogati (emissione di assegni, bonifici, pagamenti tramite bancomat o carta di credito, ecc.) e dei casi di adempimento di obblighi normativi in base ai quali gli istituti di credito devono comunque fornire determinate informazioni a soggetti pubblici, le banche e il relativo personale devono mantenere il riserbo sulle informazioni relative ai propri clienti e non divulgarle a terzi": così la *newsletter* 21 maggio 2001, che si legge in internet (http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=43554). Sui rapporti tra segreto bancario e legge sulla *privacy*, sono inoltre da segnalare i comunicati del Garante pubblicati in G.U. 23 dicembre 2004 n. 300 e 6 marzo 2006 n. 54, nonché N. SALANITRO, *Privacy e segreto bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, 228 ss.

[49] A tenore dell'art. 8 (*Devoir de réserve*) CEC: « *1. Les parties ont le devoir de faire un usage réservé des informations qu'elles obtiennent de manière confidentielle lors du déroulement des tractations. // 2. Celle des parties qui ne respecte pas ce devoir est tenue de réparer le dommage subi par l'autre et, si en outre elle a tiré un avantage indu de l'information confidentielle, elle est tenue à indemniser l'autre partie dans la mesure de son propre enrichissement* ».

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

ministeriale riconosce, "la difficile prova sull'entità del contenuto è regolata dai principi generali, e deve essere fornita dal cliente[50]". In effetti, a quanto risulta dalla giurisprudenza[51] relativa ai giudizi di responsabilità della banca, tale prova è stata spesso fornita da testimoni (sia pure condizionata in certi casi dal problema della segretezza[52]).

Ciò significa che il cliente, quando effettua determinate operazioni, relative a beni da introdurre nella cassetta, potrà essere indotto a metterne al corrente persone che possano, se del caso, fornire la prova testimoniale quanto al contenuto della cassetta stessa. Ma ciò significherà sacrificare l'esigenza di segretezza. E non solo: è notizia di tutti i giorni che rapine, furti, sequestri e simili avvengono spesso su indicazioni fornite (più che da impiegati vincolati da doveri istituzionali di segretezza) da persone vicine alle vittime di questi reati. Sicchè direi che, nella prospettiva di una futura disciplina europea sul servizio delle cassette di sicurezza, l'esigenza di tutela della segretezza vada considerata anche e soprattutto sotto quest'ultimo profilo.

4. – A questo punto, mi pare che potrei qui di seguito sintetizzare le idee valutabili dal gruppo di lavoro per il CEC.

Primo ed essenziale aspetto di questa disciplina è quello inerente al tipo di responsabilità della banca. Come si è visto sopra, si è affermato, e non solo in Italia, un regime di responsabilità quasi oggettiva o "aggravata", esclusa soltanto dalla ricorrenza – rara nella pratica – del fortuito, inteso in senso rigoroso. Direi che sia forse il caso di confermare questa soluzione, che sembra trovare accoglimento anche tra i contributi di area francese elaborati per questo convegno[53].

---

[50] Rel. Min. al cod. civ. it. n. 740.

[51] Si veda, ad es., Cass. civ., Sez. I, 10 settembre 1999 n. 9640 cit. *supra*, nota 6 (circa la prova testimoniale, nella nota redaz. in *loc. cit.*, si osserva che la pronuncia "si allinea al consolidato orientamento che la considera rilevante e ammissibile anche quando i fatti da provare appaiono inverosimili o sia probabile un esito negativo").

[52] Le sentenze più significative in A. GNAMI, *Cassette di sicurezza, segretezza, prova del danno e prova testimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 640.

[53] Cfr. M. COHEN-BRANCHE, *Conseiller à la Cour de Cassation*, *Chambre civile*, *Réflexions à propos de l'élaboration d'un code européen des contrats portant sur les contrats bancaires*, in *Code européen des contrats*, *Livre II*ème, 2, *Rapports*, Milano, 2007, p. 468.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Quanto poi al contenuto del contratto, alla luce delle considerazioni che precedono sembra che sia il caso di confermare la proposta di configurare nella norma introduttiva un obbligo di custodia a carico della banca, riferito al contenuto stesso della cassetta. In relazione, inoltre, al problema del limite quantitativo di quest'obbligo, mi chiedo: deve questo limite dipendere eventualmente da un accordo specifico tra la banca (che può così adottare le precauzioni adeguate) ed il cliente? O piuttosto, non intendendo il cliente esprimersi se non indirettamente circa il valore (massimo) dei beni che egli si riserva di introdurre nella cassetta, deve farsi riferimento a quel massimale assicurativo che egli astrattamente scelga fra quelli propostigli dalla banca, e che si ripercuote – come del resto nel caso precedente – sull'ammontare del corrispettivo?

Queste soluzioni, entrambe corrette sotto il profilo giuridico-sostanziale, anche perché coerenti con la configurazione di un obbligo di custodia relativo al contenuto della cassetta, rivelano però la loro difficoltà sul piano pratico-applicativo quando, in caso di responsabilità della banca, si debba quantificare sulla base di una prova idonea l'ammontare del danno e il correlativo diritto del cliente. A carico del quale l'espletamento dell'onere probatorio verrebbe a risultare ben spesso problematico.

E poiché il CEC si ripromette anche di limitare, in quanto possibile, il ricorso alle vie giudiziarie, essendo in esso pure previsto un sollecito procedimento arbitrale, viene spontaneo chiedersi se la soluzione più realistica e nel contempo ragionevole, oltre che tale da salvaguardare meglio le ragioni dell'utente, sia quella di prescrivere che l'obbligo risarcitorio della banca debba essere consensualmente predeterminato. E ciò non tanto con una clausola penale[54]: perché questa presuppone l'accertamento giudiziale dell'inadempimento[55]

[54] La possibilità di configurare come penale "la clausola di determinazione del tetto massimo di risarcimento del danno inserita nei contratti di cassette di sicurezza" (sulla quale cfr. C. AMATO, *La responsabilità della banca per il servizio delle cassette di sicurezza: gli ultimi sviluppi*, in *Resp. civ. prev.*, 1990, 768 ss.) non ha preso piede in Italia, per le ragioni più volte indicate, avendo la giurisprudenza considerato tali limitazioni pattizie come clausole di esonero da responsabilità.

[55] Cfr. Art. 170 (*Clause pénale*) CEC : « …*si les parties lors de la stipulation du contrat ont convenu dans une clause pénale qu'*en cas d'inexécution …*une prestation déterminé est due par le debiteur, celle-ci constitue la réparation due*… ». Nella giurisprudenza italiana, ad es., cfr. Cass. Civ., sez. II, 28 ottobre 1981 n. 5677, Di Giacomo c. Incardona, in *Giust. Civ. Mass.*, 1981, 2000 : "La clausola penale… postula per la sua operatività … l'accertamento giudiziale

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

con il relativo onere probatorio a carico dell'utente circa la presenza di un *quid* nella cassetta. Mi parrebbe invece più congruo, rispetto alla configurazione del rapporto qui suggerita, prescrivere che, nei casi di effrazione, manomissione, danneggiamento ecc. della cassetta che siano tali da poter causare la perdita del contenuto eventualmente in essa presente, venga previsto a carico della banca il pagamento di una "indennità convenzionale" quale convenuta fra le parti in sede di determinazione del corrispettivo dovuto e secondo un criterio di equilibrata proporzionalità rispetto all'ammontare del medesimo. L'utente non sarebbe quindi tenuto a dimostrare di aver immesso delle cose nella cassetta stessa (pur essendo in linea astratta ipotizzabile che i fatti suddetti abbiano comunque pregiudicato la sua possibilità di farlo), e viene così esonerato da quell'onere probatorio, circa la presenza di un *quid* nella cassetta e del valore di esso: un onere del quale come già accennato[56] la stessa Relazione ministeriale al codice civile italiano riconosce la difficoltà.

Così il contratto in esame cesserebbe di essere un rapporto ibrido, ambiguo ed a rischio "illimitato" – come ha affermato la Corte di cassazione italiana – e verrebbe ad assumere la veste fisiologica e la funzione lineare di un rapporto commutativo, basato insomma su uno scambio di prestazioni, anche economicamente oltre che logicamente equo, sia pure con la previsione di un grado di responsabilità elevato a carico della banca. Ovviamente, in virtù dell'art. 2 del CEC[57], le parti potrebbero liberamente concordare, come avviene in alcuni Paesi, dei rapporti di custodia di diverso contenuto, entro i limiti di cui a quest'ultima norma[58].

---

dell'inadempimento… ». Cfr. anche Cass. Civ., sez. I, 24 settembre 1999 n. 10511, Soc. Ercoli Costruz. c. Patalacci, in *Giur. It.* 2000, 1154.

[56] *Supra* nota 50.

[57] Art. 2 (*Autonomie contractuelle*), al. 1 e 2, CEC: « *1. Les parties peuvent librement déterminer le contenu du contrat, dans les limites imposées par les règles impératives, les bonnes mœurs et l'ordre public, comme elles sont fixées dans le présent code, dans le droit communautaire ou dans les lois nationales des Etats membres de l'Union européenne, pourvu que par-là même les parties ne poursuivent pas uniquement le but de nuire à autrui. // 2. Dans les limites de l'alinéa précédent, les parties peuvent conclure des contrats qui ne sont pas soumis à la réglementation du présent code, en particulier à travers la combinaison de types légaux différents et la liaison entre plusieurs actes* ».

[58] Quando questo lavoro era già stato approntato per la stampa, è apparsa su internet la sentenza 21 maggio 2008 n. 13051 della Corte di cassazione italiana (http://www.cortedicassazione.it/Documenti/13051.pdf) che conferma la dichiarazione, espressa in sede di merito nello stesso procedimento, di vessatorietà ex artt. 1469 *bis*, comma 3, n. 2 e 1469 *quinquies*, comma 2, n. 2 cod.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

civ. it. concernente la "clausola riguardante il servizio delle cassette di sicurezza nella parte in cui, dopo aver fatto obbligo al cliente di dichiarare il massimale assicurativo adeguato a coprire il rischio della banca, prevede che il cliente stesso sottoscriva una dichiarazione integrativa con la quale prende atto che la banca avrà titolo per richiedere il risarcimento di eventuali danni subiti in conseguenza della mancata corrispondenza del massimale indicato all'effettivo valore delle cose contenute nella cassetta". Tale soluzione giurisprudenziale – su cui si veda anche Cass. civ., sez. I, 4 aprile 2001 n. 4946, cit. *supra*, nota 6 – è legata, come è evidente, a quella configurazione invalsa in Italia del contratto in esame che è fondamentalmente diversa dallo schema normativo qui proposto per quanto concerne gli obblighi della banca e, di riflesso, i diritti e gli obblighi del cliente. In base a quest'ultima configurazione, l'obbligo di custodia a carico della banca ha per oggetto, come sopra rilevato, i beni che il cliente può immettere nella cassetta. E l'autonomia delle parti può, secondo la previsione legislativa qui proposta, limitare tale obbligo alla custodia di beni il cui valore non superi un certo *plafond*. Sicchè, come non si potrà porre un problema di responsabilità della banca, in caso di perdita o sottrazione, per il *surplus* di valore dei beni rispetto a quello dichiarato, non potrà neppure parlarsi, in assenza di un correlativo obbligo della banca, di clausole limitative di una responsabilità, né di conseguenza discutersi della vessatorietà delle stesse. E d'altra parte, come già osservato (*supra*, nota 20), c'è anche da chiedersi se per il cliente che ha introdotto nella cassetta beni di valore superiore all'importo convenuto, un diritto al risarcimento del danno con riguardo al *surplus* non sia da escludersi ai sensi dello stesso art. 167, al. 1 (*Fait du créancier*) del CEC: il quale comunque è destinato in via prospettica a collocarsi sullo stesso piano gerarchico delle altre fonti normative comunitarie.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. ANNA SCOTTI
Professore nell'Università "Federico II", Napoli

IN TEMA DI TRASFERIMENTO DI BENI A SCOPO DI GARANZIA EX ART. 48 BIS 'TESTO UNICO BANCARIO' E DI PATTO MARCIANO(*).

1. L'art.. 48 *bis* t.u.b., introdotto dall'art. 2 del d.l. 3 maggio 2016, n. 59 (e convertito con modifiche in l. 30 giugno 2016, n. 119), e rubricato *Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione*, dispone che, nei contratti di finanziamento conclusi tra un intermediario bancario e un imprenditore, è possibile garantire l'adempimento degli obblighi di restituzione con il trasferimento a favore del finanziatore della proprietà di (o di altro diritto reale su) beni immobili, dello stesso imprenditore (o di un soggetto terzo), sospensivamente condizionato all'inadempimento degli obblighi restitutori nascenti dal finanziamento. L'inadempimento che legittima la realizzazione della garanzia è qualificato, giacché deve possedere requisiti di gravità, quantitativamente predeterminati e declinati in ragione della natura rateale o meno del finanziamento, della sua durata, nonché della quota già rimborsata. Al verificarsi di tali condizioni, il creditore «ha diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1, purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempiuto e delle spese di trasferimento» (art. 48 *bis*, comma 3). Questi è quindi tenuto, in primo luogo, a notificare al debitore o al terzo datore, nonché a chi risultasse titolare di diritti derivanti da titoli iscritti o trascritti, la dichiarazione di volersi avvalere del patto, nella quale è indicato l'ammontare del credito.

(*) In una versione più approfondita le riflessioni qui esposte sono state pubblicate nel saggio "*Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis t.u.b. è davvero un patto marciano ?"* in *Corriere giuridico*, 2016, pag. 1477.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Decorsi sessanta giorni, il creditore deve chiedere al presidente del tribunale la nomina di un perito per la stima dell'immobile, il quale comunica i risultati alle parti interessate, che hanno un termine di dieci giorni per presentare osservazioni, dopo di che il perito rende eventuali chiarimenti: la contestazione della stima da parte del debitore (che, giusta l'espresso rinvio, sembra essere subordinata ai presupposti indicati dall'art. 1349 cod. civ.) non intacca l'efficacia del patto, ma può condurre alla rideterminazione del valore di stima. In ogni caso, se il valore di stima è superiore al debito inadempiuto, il creditore deve versare al debitore o, comunque, al «titolare del diritto reale immobiliare» la relativa differenza (art. 48 *bis*, comma 8). Quindi, la condizione sospensiva alla quale il trasferimento è subordinato «si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore di stima di cui al comma 6 ovvero al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della differenza di cui al comma 2, qualora il valore di stima sia superiore all'ammontare del debito inadempiuto».

Il patto ora descritto può essere inserito, ove vi sia l'accordo delle parti, nei contratti in corso alla data di entrata in vigore della normativa. Qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, l'opponibilità del trasferimento regolarmente trascritto retroagisce alla data dell'iscrizione ipotecaria, prevalendo sulle trascrizioni e iscrizioni successive, compreso il pignoramento anche quando sia già iniziata l'espropriazione. In quest'ultimo caso, la realizzazione della garanzia avviene sotto la direzione e il controllo del giudice dell'esecuzione, il quale accerta l'inadempimento, nomina l'esperto e governa la distribuzione del ricavato secondo le norme del codice di rito, tenendo conto naturalmente dell'esistenza del patto. Il comma 13 *bis*, introdotto in sede di conversione, ha specificato che, ai fini del concorso dei creditori, il patto è equiparato all'ipoteca.

2. La fattispecie appena descritta possiede i requisiti individuati nell'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza per fondare la liceità delle alienazioni a scopo di garanzia in presenza del divieto del patto commissorio stabilito dall'art. 2744 cod. civ. Si è ritenuto, infatti, che per un verso la determinazione del valore del bene con criteri oggettivi affidata a un terzo, eseguita al momento della realizzazione della garanzia, per l'altro la restituzione al debitore dell'eventuale eccedenza rispetto al debito garantito rappresentino caratteri imprescindibili per ammettere tali pattuizioni (C.M. BIANCA). Con il vantaggio dell'idoneità a soddisfare

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

trasversalmente le pur diverse esigenze che, di volta in volta, sono state poste a fondamento della fattispecie illecita: dall'eccedenza della garanzia (A. LUMINOSO), alla coazione morale del debitore (D. RUBINO), alla lesione della *par condicio creditorum* (L. BARBIERA), alla deroga alla riserva giudiziaria della tutela esecutiva (M. FRAGALI), neutralizzate da uno schema negoziale che appunto impedisce al creditore di appropriarsi di un valore indebito, evitando in questo modo anche un pregiudizio agli altri creditori, e che, attraverso la stima imparziale del cespite costituito in garanzia, surroga nella sostanza i compiti del giudice nella gestione della procedura esecutiva.

3. La disamina della fattispecie introdotta dall'art. 48 *bis* t.u.b. muove dal rapporto che si costituisce tra le parti, in riferimento al quale deve innanzitutto stabilirsi se il creditore, acquirente sotto condizione, sia obbligato a soddisfarsi ritenendo l'immobile o se possa escutere la parte restante del patrimonio del debitore. Premesso che l'interesse del debitore è sicuramente quello di concludere la vicenda obbligatoria con l'attuazione del trasferimento al creditore del bene oggetto della garanzia (S. PAGLIANTINI), il silenzio del legislatore al riguardo in prima battuta lascia aperto il problema se si possa riconoscere o meno sistematicamente l'effetto di esdebitazione; un silenzio che sembra segnare, però, la più evidente diversità con la parallela disciplina dei mutui immobiliari dei consumatori, nella quale è espressamente previsto che il trasferimento «comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo» (art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b.); una differenza che – al di là delle imposizioni della direttiva comunitaria– può essere spiegata con lo specifico bisogno di tutela del contraente consumatore rispetto all'imprenditore. Ma, è stato osservato che sostenere la diversità di effetti, quanto all'eventuale residuo insoddisfatto del credito, si riverserebbe in una discriminazione della posizione dei creditori terzi, che solo nel caso di estinzione totale dell'obbligazione garantita possono confidare nella possibilità di rivalersi in via esclusiva sui beni residui del debitore. Oltre a numerosi indici anche di natura assiologica, depongono a favore di tale conclusione elementi letterali, atteso che la fattispecie di un t*rasferimento* definitivo asseconda testualmente l'idea di un atto di disposizione

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

solutorio (S. PAGLIANTINI).

Si conferma in tale modo che la questione dell'esdebitazione presuppone la previa individuazione della funzione dell'istituto nell'alternativa tra garanzia e adempimento, al cui fine non è agevole distinguere il caso in cui si verta in una negoziazione delle conseguenze dell'inadempimento, con la previsione di una prestazione succedanea a quella principale. In realtà, come è stato osservato in via generale per le alienazioni a scopo di garanzia, l'atto di disposizione è connotato inizialmente da una funzione di garanzia - atteso che il trasferimento è destinato all'inefficacia in caso di adempimento - ma nella stessa operazione negoziale è contenuto il patto solutorio la cui funzione si realizza in caso di inadempimento del debitore determinando l'avvenuta definitività dell'effetto traslativo (G. D'AMICO, F. ANELLI, N. CIPRIANI).

Tra le diverse conseguenze che tale opzione comporta (per le quali si rinvia a A. SCOTTI) è opportuno segnalare l'esclusione di una facoltà di scelta del creditore di optare diversamente per l'esecuzione forzata su altri beni del debitore; una sottolineatura opportuna stante la previsione della dichiarazione del creditore di *volersi avvalere degli effetti del patto* (art. 48 *bis*, comma 5): pertanto, la disposizione precedente, secondo cui il creditore *ha diritto di avvalersi degli effetti del patto,* non significa soltanto che l'esercizio di tale facoltà è subordinato alla corresponsione dell'eventuale differenza all'avente diritto ma indica che il creditore conserva invariati i poteri e facoltà inerenti al suo diritto - compresi quelli di avvalersi dei rimedi risolutori del contratto, con conseguente diritto alle restituzioni e al risarcimento dei danni - senza essere obbligato ad attuare il patto, in apparente conflitto, quindi, con la natura solutoria verso cui depone il senso complessivo della disciplina.

In una prospettiva di ricostruzione sistematica delle tutele del creditore bancario, appare opportuno anche chiedersi se può ritenersi satisfattivo per questo tipo di creditore ottenere la proprietà dell'immobile piuttosto che ricevere il ricavato dall'esecuzione forzata con diritto di prelazione (ottenibile mediante l'iscrizione dell'ipoteca). In via di prima approssimazione, la risposta positiva sembrerebbe confortata dalle ipotesi ormai diffuse nella legislazione codicistica e speciale, per lo più inserite in rapporti negoziali di natura bancaria e finanziaria: in disparte le ipotesi generali dell'assegnazione in pagamento della cosa o del credito oggetto di pegno (artt. 2798 e 2804 cod. civ.), si pensi, in primo luogo, al pegno irregolare (a garanzia di anticipazione bancaria) che può avere

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

ad oggetto merci o titoli, la cui proprietà è acquistata dal creditore. A tale ipotesi si affianca la disciplina delle garanzie finanziarie *ex* decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 170, che consente, tra l'altro, al creditore di escutere la garanzia appropriandosi delle attività finanziarie diverse dal contante (art. 4, comma 1, lett. b) oppure di pattuire il trasferimento di proprietà con funzione di garanzia (art. 6). E ora, nella ricordata disciplina del pegno non possessorio, è previsto che il creditore possa procedere all'appropriazione dei beni oggetto del pegno (art. 1, comma 7). E tuttavia in questi specifici contesti, i dubbi evocati svaniscono giacché il bene acquisito dal creditore (bancario) appartiene a categorie di agevole liquidazione per un valore facilmente predeterminabile, sicché non si verifica una deviazione significativa dalla caratteristica dei contratti bancari di mantenimento del rapporto tra atti di raccolta del risparmio e atti di credito (B. LIBONATI) su cui regge l'intero sistema, nel nome delle note istanze generali che, a loro volta, fondano la dimensione pubblicistica dell'attività. Rispetto alla fattispecie in esame il dubbio è, invece, destinato a permanere, se solo si riflette sul fatto che l'istituzionalizzazione della facoltà di acquisto di beni immobili in caso di inadempimento del finanziato appare distante dagli interessi propri dell'attività bancaria e, in particolare, dall'esigenza che le operazioni attive siano «facilmente e rapidamente convertibili in denaro liquido, senza che questo le diminuisca di valore» (B. LIBONATI).

4. Il legislatore ha trascurato le ragioni dei terzi. In particolare, un arretramento di tutela colpisce i creditori terzi titolari di aspettative sul residuo del valore del bene, perché il procedimento descritto nell'art. 48 *bis* si svolge in via stragiudiziale, per cui la consegna della somma corrispondente al plusvalore del bene oggetto del patto, avviene a favore del debitore, con tutti i rischi che comporta la sua volatilità. Nel caso, poi, di patto successivo, terzi interessati sono anche gli ulteriori creditori garantiti (e naturalmente i chirografari), e gli aventi causa dal debitore, la cui posizione è incisa dalla regola che, qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria (per i profili del concorso e del conflitto tra tali soggetti si rinvia a A. SCOTTI).

5. Il trasferimento di beni a scopo di garanzia non costituisce la prima ed esclusiva rappresentazione normativa nel

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

sistema delle caratteristiche del patto marciano, essendo presenti altre fattispecie caratterizzate dalla corrispondenza tra il valore della garanzia realizzata e quello dell'obbligazione garantita, valore preservato con diverse modalità; e dalla comunanza di profili di riflessione quali l'estensione dei poteri di autotutela del creditore, l'indebolimento ulteriore del principio della *par condicio creditorum,* l'arretramento della tutela dei terzi e, soprattutto, la contrattualizzazione dei rimedi di tutela giudiziale che avevano nel processo esecutivo il settore finora più resistente alla rinuncia alla giurisdizione.

La vera novità si coglie, tuttavia, proprio nel rapporto con il controllo giudiziario. Nella disciplina degli istituti già presenti nell'ordinamento – pegno irregolare, cessione dei beni ai creditori, contratto di riporto, solo per fare qualche esempio – si realizza il principio della proporzionalità della garanzia al valore del credito – con la previsione dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza al debitore - al quale sono finalizzati schemi sempre presenti, quali *(i)* il collegamento della natura dell'oggetto della garanzia a meccanismi certi, o comunque verificabili, di determinazione del valore, ovvero *(ii)* l'appartenenza a mercati con sistemi di controllo interni, oppure regolati, e, in ogni caso *(iii)* la possibilità di adire l'autorità giudiziaria per inibire la procedura stragiudiziale di escussione della garanzia. Si può notare che si tratta di profili di disciplina accomunati dalla predisposizione di rimedi di tutela a favore del debitore e dei terzi azionabili in via preventiva.

Invece, nell'art. 48 *bis* – come per il pegno non possessorio, il credito immobiliare ai consumatori, il prestito vitalizio ipotecario, e, appena prima, i contratti di garanzia finanziaria – la tutela è solo successiva e si esplica in via di impugnazione. Pertanto, l'esclusione di qualsivoglia intermediazione nell'escussione della garanzia rende cruciale la fase di determinazione del valore del bene che, non a caso, nella lettera della legge rappresenta l'unico tema dell'impugnazione del debitore.

Nella prospettiva di sistemazione unitaria della categoria delle garanzie reali del credito da finanziamento, sarebbe auspicabile ricondurre a unità le soluzioni che si registrano nelle diverse discipline, con scelte opposte tra la massima procedimentalizzazione e il rinvio a clausole generali. Nella ricerca di una disciplina omogenea dovrebbe tenersi conto delle differenze di valori e di interessi che di volta in volta caratterizzano le diverse figure (P. PERLINGIERI); allora, si potrebbe declinare l'esigenza

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

dell'equivalenza bilanciando la tutela della posizione del debitore con l'interesse del creditore, da un lato preservando la libertà contrattuale e assicurando una corretta stima del bene unitamente alla restituzione dell'eccedenza, dall'altro contemplando la salvezza di una flessibilità affidata alla disciplina del contratto e a principi come obblighi di informazione e di protezione nei confronti della controparte e dei terzi, divieto di abuso contrattuale, clausole di buona fede e correttezza.

AUTORI CITATI NEL TESTO: F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; L. BARBIERA, *Garanzie del credito ed autonomia privata*, Napoli, 1971; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Napoli, 1957; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000; G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in G. Gitti – M. Maugeri – M. Notari, *I contratti per l'impresa*, Bologna, 2012; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969; B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, in *Scritti giuridici*, Milano, 2013; A. LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, in *Commentario al Codice Civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1987; S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48* bis *T.U.B.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016; P. PERLINGIERI, *Riflessioni conclusive*, in F. Parente – L. Ruggeri (a cura di), *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, Napoli, 2014; D. RUBINO, *La compravendita,* in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu Messineo*, Milano, 1971.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. ANNA SCOTTI
Professore nell'Università "Federico II", Napoli

SUL RUOLO DELL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO(*)

1. L'Arbitro bancario finanziario è stato introdotto a valle dell'introduzione nel t.u. l. banc. d.lg. 1 settembre 1993, n. 385, dell'art. 128 *bis* (giusta la previsione dell'art. 29, d.lg. 28 dicembre 2005, n. 262)**,** il quale ha stabilito che le banche e gli intermediari finanziari aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, la cui istituzione e organizzazione è delegata al CICR, su proposta della Banca d'Italia, con obbligo di assicurare: *(i)* l'imparzialità del costituendo organo decidente e la rappresentatività dei soggetti interessati; *(ii)* la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela; *(iii*) e la salvezza del diritto della clientela di ricorrere in qualunque momento a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento.

In attuazione di tale disposizione, l'istituzione e la disciplina dell'Arbitro bancario finanziario sono state delineate dalla deliberazione CICR del 29 luglio 2008, n. 275 (disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell'art. 128 bis, d.lg. 1 settembre 1993, n. 385) e dalla deliberazione della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 (disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari), oggetto di successive modifiche.

Al vertice dell'organizzazione è disciplinata la composizione dell'organo decidente, articolato su base territoriale in sette collegi territoriali, ciascuno composto da cinque membri nominati dalla Banca d'Italia - il presidente e due componenti scelti dalla stessa

(*) In una versione più approfondita le riflessioni qui esposte sono state pubblicate nella voce "*ABF e rapporti bancari*", nel Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale, Agg. ****** , Torino, 2012, pag. 5.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Autorità - un membro dalle associazioni degli intermediari, e un altro dalle associazioni che rappresentano i clienti, ovvero imprese e consumatori; e da un collegio di coordinamento con funzione di decisione dei ricorsi che riguardano questioni di particolare importanza o che hanno generato orientamenti differenti tra i collegi territoriali, e che risulta composto, all'esito di una estrazione a sorte, da tre dei sette presidenti dei collegi territoriali, due componenti designati dalle associazioni degli intermediari, e un altro dalle associazioni che rappresentano i clienti.

La competenza per materia dell'ABF comprende le controversie relative a operazioni e servizi bancari e finanziari, con l'esclusione di quelle attinenti ai servizi e alle attività di investimento e di quelle i cui contratti non sono assoggettati alla normativa sulla trasparenza bancaria; le disposizioni della Banca d'Italia precisano ulteriormente l'ambito applicativo *a contrario*, escludendo dalla competenza «le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario; sono parimenti escluse le questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati» (art. 4, sez. I, Disposizioni di carattere generale). L'ABF non ha limiti di competenza per valore nelle decisioni aventi ad oggetto il mero accertamento di diritti e obblighi, mentre è previsto il limite del valore di centomila euro per la domanda del cliente che abbia ad oggetto la condanna dell'intermediario alla corresponsione di somme di denaro.

La legittimazione attiva all'introduzione del procedimento è attribuita in via esclusiva al cliente e sottoposta alla sola condizione di procedibilità della previa proposizione del reclamo all'intermediario con esito negativo o insoddisfacente.

Il procedimento è scandito da uno scambio solo documentale, con modalità tali da garantire il rispetto del principio del contraddittorio e si conclude con l'emanazione di una decisione, su cui si tornerà tra breve.

Appare opportuno segnalare la disposizione introdotta dalla l. 18 maggio 2012, n. 62, che ha aggiunto all'art. 27 *bis*, l. 24 marzo 2012, n. 27, rubricato «nullità di clausole di contratti bancari», il co. 1 *quinquies* che recita «Ove lo ritenga necessario e motivato, il prefetto *segnala* all'Arbitro bancario finanziario, istituito ai sensi dell'articolo 128 bis del testo unico di cui al decreto legislativo 1-9-1993, n. 385, *specifiche problematiche* relative ad operazioni e servizi

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

bancari e finanziari. La segnalazione avviene a seguito di istanza del cliente *in forma riservata* e dopo che il prefetto ha invitato la banca in questione, previa informativa sul merito dell'istanza, *a fornire una risposta argomentata sulla meritevolezza del credito*. L'Arbitro *si pronuncia* non oltre trenta giorni dalla segnalazione» (i corsivi sono nostri al fine di evidenziare i tratti salienti della norma). La dottrina ha espresso considerazioni critiche sull'innesto di tale subprocedimento nelle regole di funzionamento dell'Arbitro (E. MINERVINI).

2. Il punto cruciale ai fini della ricostruzione del ruolo dell'ABF nel sistema è rappresentato dalla definizione del significato e del valore della decisione, poiché dall'individuazione dei suoi caratteri e, soprattutto, dei suoi effetti dipende, in definitiva, lo stesso inquadramento giuridico dell'organo e del procedimento. Non a caso, anche in ragione delle incongruenze della disciplina dell'ABF, sulla natura della decisione è possibile riscontrare tra gli Autori che si sono occupati del tema opinioni profondamente diverse.

La disciplina prevede, infatti, che il Collegio pronunci una decisione motivata, sulla base della documentazione depositata, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta; per quanto riguarda il contenuto, la decisione può avere ad oggetto «l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà», qualunque sia il valore della controversia, e la previsione a carico dell'intermediario dell'obbligo di corresponsione di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno (nei limiti della competenza per valore di centomila euro); in caso di inadempimento dell'intermediario alla decisione, ne viene data notizia mediante pubblicazione sul sito internet dell'ABF e, a cura e spese dell'intermediario, in due quotidiani nazionali. Resta impregiudicata la facoltà per le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria «ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi» (art. 128 *bis* t.u.f.).

Sulla base di tale disciplina si è solitamente ritenuta l'impossibilità di attribuire alla decisione qualsivoglia effetto processuale, e pur tuttavia ne è fortemente discussa la natura giuridica. Molteplici appaiono, sotto questo aspetto, le ricostruzioni, ritenendosi: ora *(i)* che la decisione dell'ABF produca esclusivamente effetti negoziali, ma non tra le parti, bensì nel rapporto tra l'intermediario e la Banca d'Italia: l'adesione al sistema sarebbe elemento di una fattispecie costitutiva composta

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

dall'obbligo della Banca d'Italia di dare pubblicità all'inadempimento e dall'accettazione dell'intermediario della pubblicazione con l'obbligo di sopportarne i costi (V. TAVORMINA); ora *(ii)* che la decisione dell'ABF abbia funzione consultiva e la natura di un parere all'interno del procedimento amministrativo di vigilanza, che prende avvio dall'iniziativa del cliente, volta a sollecitare l'esercizio del potere di vigilanza, e si conclude con l'eventuale applicazione della sanzione (F. AULETTA); ora *(iii)* che la decisione rappresenti l'oggetto di una prestazione d'opera intellettuale in cui la Banca d'Italia assume il ruolo di parte committente (S. RUPERTO); ora ancora (*iv)* che la decisione abbia natura vincolante sul modello dell'arbitrato irrituale, come oggi concepito, anche a seguito della riforma dell'art. 808 ter c.p.c., in virtù del d.lg. n. 40/2006, caratterizzato dalla formulazione di un giudizio sulle pretese ed eccezioni delle parti e dalla pronuncia di una decisione vincolante (G. GUIZZI); *(v)* che la decisione rappresenterebbe un giudizio prognostico sull'esito *in iure* di una possibile lite, ma che per l'autorevolezza degli organi che lo rendono è destinato ad essere spontaneamente osservato dalle parti assicurando così anch'esso una effettiva forma di tutela degli interessi dei soggetti coinvolti (C. CONSOLO – STELLA).

3. La diversità delle posizioni appena sintetizzate rende problematico rinvenire un nucleo comune di interpretazione. Un elemento di partenza per un tentativo di ricostruzione sistematica è offerto dalla strumentalità della disciplina ad offrire un rimedio di tutela efficiente al cliente del sistema bancario. La sua posizione di debolezza nei confronti del sistema finanziario e bancario si riassume nell'asimmetria determinata dalle conoscenze specifiche e dalla gestione della "prestazione caratteristica" che costituisce l'oggetto del contratto bancario: «la parte che domina la prestazione caratteristica domina il contratto; e se nel contratto c'è una parte strutturalmente dominante, si apre l'esigenza di proteggere la parte strutturalmente dipendente: il cliente», che viene individuato non in ragione della posizione soggettiva, come per il consumatore, né dell'attività professionale svolta, ma in ragione della sua contrapposizione al contraente dominante (V. ROPPO).

La strumentalità alla tutela della posizione del cliente rende possibile spiegare alcune apparenti incongruenze della disciplina, come quella di riservare solo a quest'ultimo la possibilità di rivolgersi all'ABF, che è così chiaramente fondata sull'esigenza di

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

protezione sopra ricordata. In tale contesto l'ABF espone alcune caratteristiche individualizzanti: l'imparzialità e l'autorevolezza dell'organo, la rapidità del procedimento, il costo estremamente contenuto; tra i pregi può essere inserito anche il carattere amministrato del procedimento, che attuando garanzie di difesa e di contraddittorio, rafforza ulteriormente la tutela del cliente, ma, tutto sommato, anche dell'intermediario. Anzi, pur configurandosi come un sistema riconducibile alle adr c.d. eteronome, l'ABF non rinuncia completamente ad una fase di tipo c.d. autonomo, giacché la previsione che il reclamo preventivo è condizione di procedibilità del ricorso al collegio segna l'offerta al cliente di un "doppio livello di soluzione" (V. ZENO ZENCOVICH – M.C. PAGLIETTI): la prima fase del procedimento è spiccatamente contrattuale, perché le parti sono chiamate ad esperire una negoziazione diretta – in funzione preventiva della lite e strumentale al raggiungimento autonomo di una conciliazione (E. QUADRI) – destinata a risolversi all'interno del contratto; in caso di insuccesso, il passaggio successivo richiede l'intervento del terzo e la risoluzione della controversia.

Si comprende da questi caratteri brevemente tratteggiati la necessità che la decisione abbia una efficacia idonea allo scopo. Il modello che sembra potersi richiamare è quello dell'arbitraggio ai sensi dell'art. 1349 c.c. (M. DESARIO). Un accostamento che potrebbe apparire inesatto se si considerano le tradizionali opinioni secondo le quali è caratteristica imprescindibile dell'istituto che il terzo intervenga a determinare una parte mancante del contratto, non potendo mai trovare applicazione nei casi di contratto completo. Occorre tenere conto, peraltro, del fatto che è stato ritenuto possibile identificare una forma di arbitraggio nell'arbitrato irrituale, nonostante la controversia si innesti su un contratto che non può dirsi incompleto nella determinazione del suo oggetto (G. VERDE): é stato, infatti, evidenziato che la determinazione del terzo incide su un negozio già perfezionato, ma lasciato in bianco per la parte relativa alla definizione transattiva di una eventuale lite (M. BOVE). Una indicazione in tale senso emerge dall'introduzione nel codice di rito dell'arbitrato irrituale, che ha condotto la dottrina a ritenere che si sia compiuto un definitivo superamento della concezione dell'arbitrato irrituale come negozio *per relationem*, e, comunque, come atto direttamente imputabile alla volontà delle parti del compromesso. In particolare, si è assistito ad una "procedimentalizzazione" dell'arbitrato (G. VERDE), il cui atto conclusivo è una decisione, eteronoma, frutto dell'attività decisoria

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

degli arbitri, piuttosto che riconducibile direttamente alla volontà delle parti; decisione che, però, mantiene natura e effetti negoziali. Questo modello appare in rilevante misura sovrapponibile alla disciplina del procedimento dinanzi all'ABF, che racchiude in sé la sintesi tra gestione privata della controversia, articolazione in un procedimento segnato da regole strumentali alla garanzia del diritto di difesa delle parti e allo svolgimento di una fase istruttoria – sia pure, allo stato dell'interpretazione prevalente, solo documentale – e formulazione di un giudizio versato in un atto con efficacia negoziale.

Così, si può tracciare una ipotesi di ricostruzione della rilevanza giuridica della decisione dell'ABF, osservando che l'accertamento di diritti e obblighi si traduce sostanzialmente in una conformazione del contratto; il collegio, richiesto di una decisione su una pretesa insoddisfatta, individua gli estremi del rapporto tra le parti e lo scolpisce con l'applicazione delle norme di diritto, i codici etici e le clausole generali. Da questa prospettiva, l'intervento dell'ABF, nella sua veste di terzo imparziale che valuta una fattispecie ed esprime un giudizio, evoca un parallelismo con le riflessioni, diffuse in dottrina, sull'ammissibilità dell'attribuzione al giudice di un potere di integrazione e di correzione del contratto, strumentale all'eliminazione di una situazione di disequilibrio. In più, nell'Organismo in parola non sono presenti quei profili di compromissione dell'autonomia privata che tutt'oggi fondano l'orientamento critico ad un intervento giudiziale del contratto. In primo luogo, il giudizio reso dall'ABF non si estende ad una modifica discrezionale del contenuto del contratto, né entra nel merito delle scelte economiche delle parti: anzi, nei confini dei criteri con cui tale giudizio deve essere reso, funzionali all'accertamento di diritti e obblighi invocati dal cliente, non si verifica un sacrificio dell'autonomia privata agli interessi della parte debole, ma, tutt'al più, la ricomposizione dell'assetto di interessi voluto nel contratto, potenzialmente minato dalla parte dotata di maggiore forza contrattuale (C. CASTRONOVO; S. MAZZAMUTO). In secondo luogo, resta integra la possibilità di entrambe le parti di sottoporre il rapporto come accertato dall'ABF al controllo giurisdizionale, così da escludere, nel caso di specie, i dubbi connessi al fatto che il giudice autore dell'intervento correttivo del contratto sia anche l'unico legittimato a pronunciarsi sullo stesso.

Se, quindi, sul piano particolare della controversia concreta il giudice ordinario si troverà a valutare il rapporto tra le parti,

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

risultante dalla conformazione che vi ha attribuito il procedimento svoltosi dinanzi all'ABF, va tenuto conto che la decisione può spiegare una rilevanza anche più diffusa. Nella disciplina in esame è chiaro l'intento del legislatore di munire le decisioni dell'ABF di un effetto conformativo generale sull'attività dell'intermediario, visto che la decisione «può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti» (§ 4, Sez. VI, delle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari). In tale senso depone, inoltre, la stessa introduzione del Collegio di Coordinamento, successiva alla prima regolamentazione dell'Organismo, in quanto avvenuta con provvedimento della Banca d'Italia del 12 dicembre 2011, per la funzione di indirizzo anche nei confronti della condotta negoziale delle parti assunta da una interpretazione omogenea dei diritti e degli obblighi contrattuali.

4. Un importante strumento, per assicurare l'effettività delle esigenze di tutela che l'ABF mira a soddisfare, è la pubblicità dell'inadempimento, con evidente natura di sanzione reputazionale, che pur avendo ad oggetto un bene immateriale quale l'immagine, parimenti ha ricadute economiche.

Nel settore bancario, in particolare, non sembrano trovare fondamento le perplessità sovente espresse in ordine all'efficacia della sanzione sia sotto il profilo deterrente che di effettivo svantaggio per l'intermediario inadempiente: infatti, la credibilità e la correttezza dell'impresa bancaria rappresentano un elemento decisivo di costruzione del rapporto fiduciario con il pubblico, di guisa che «il pericolo di perdere la reputazione dovrebbe agire come incentivo per ciascuno di essi ad operare con correttezza, trasparenza e nel rispetto delle regole. Il venire meno di queste condizioni, infatti, dovrebbe comportare una "sanzione reputazionale" a danno dell'intermediario, sanzione imposta dal mercato come "costo" (monetario o non monetario) di questa deviazione dal comportamento ottimale» (USELLI). La crisi di reputazione comporta un dispendio notevole per recuperare la posizione perduta per i tempi lunghi occorrenti per raggiungere tale risultato, il che ovviamente determina la possibilità di misurare in termini finanziari ed economici il costo della perdita reputazionale .

5. E' notevole segnalare, infine, che, con il D.lgs. 130/2015 è stata recepita la direttiva UE/2013/11 in materia di risoluzione

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

alternativa delle controversie (*Alternative Dispute Resolution*, ADR), con la modifica, tra l'altro, di alcune disposizioni del Codice del consumo (in particolare artt. 141 e ss.), che dettano le caratteristiche che devono possedere i sistemi di ADR. La Banca d'Italia è stata individuata quale autorità nazionale competente per la sorveglianza sul funzionamento dei sistemi ADR in materia bancaria e finanziaria; nell'espletamento di tale funzione l'Autorità ha verificato con esito positivo il rispetto dei requisiti di qualità da parte dell'Arbitro. Un ulteriore importante riscontro che il modello dell'ABF ha ottenuto è rappresentato dal fatto che esso è stato riprodotto per la massima parte della sua regolamentazione nell'Arbitro per le Controversie Finanziarie ACF, istituito presso la Consob giusta delibera n. 19602 del 4 maggio 2016, il quale costituisce l'omologo sistema di risoluzione delle controversie tra investitori *retail* e intermediari per la violazione degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza che gli intermediari devono rispettare quando prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio (G. GUIZZI).

AUTORI CITATI NEL TESTO: F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Società*, 2011, pag. 85; M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, su *www.judicium.it*.; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Eur. e dir. priv.,* 2005, pag. 39; C. CONSOLO–STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, nel nuovo arbitro bancario finanziario, "scrutatore" di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. giur.,* 2011, pag. 1653; M. DESARIO, *Profili di impatto delle decisioni dell'arbitro bancario finanziario sugli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.,* 2011, I, pag. 495; G. GUIZZI *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, pag. 1224; G. GUIZZI, *Il valore delle decisioni dell'ABF (e dell'ACF) in un libro recente*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, pag. 567; S. MAZZAMUTO, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, pag. 33; E. MINERVINI, *L'arbitro bancario finanziario*, Napoli, 2014; E. QUADRI *L' "Arbitrato bancario finanziario" nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2010, II, pag. 305; V. ROPPO *Il contratto del duemila*, Torino, 2011; S. RUPERTO *L'"Arbitro bancario finanziario"*, in *Banca borsa tit. cred.,* 2010, I, pag. 325; V. TAVORMINA *L'Arbitro Bancario Finanziario (un altro episodio de "I nuovi mostri")*, in *Corr. giur.,* 2011, pag. 1025; A. USELLI, *La responsabilità sociale come possibile fattore di mitigazione a protezione del rischio reputazionale. Alcune questioni per il settore finanziario*, Convegno ADEIMF 2007, Lecce, 2007; G. VERDE *Arbitrato irrituale*, in *Riv. Arb.*, 2005, pag. 666; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010; V. ZENO ZENCOVICH – M.C. PAGLIETTI *Verso un "diritto processuale dei consumatori"?*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2009, I, pag. 228.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

KURT SIEHR
Professor emeritus an der Universität Zürich

BANKVERTRÄGE IN EINEM „CODE EUROPÉEN DES CONTRATS“

I. Problem

Bei der Arbeit an einem Code européen des contrats ist die Frage aufgetaucht, ob, in welcher Form und in welchem Umfang Bankverträge in die Kodifikation aufgenommen werden sollten. Diese Frage stellt sich insbesondere deswegen, weil der Codice civile, der allgemein als Ausgangspunkt der rechtsvergleichenden Diskussionen in der Akademie europäischer Privatrechtswissenschaftler ist, in Buch 4 (Delle obbligazioni) Titel III (Dei singoli contratti), Kapitel XVII (Art. 1834-1860) einige Bankverträge (Dei contratti bancari) regelt. In anderen Privatrechts- und Handelsrechtskodifikationen fehlt dagegen ein solches spezielles Kapitel über Bankverträge. Jedoch werden bestimmte Verträge, die normalerweise von Banken abgeschlossen werden, als besondere Vertragstypen geregelt. Angesichts dieser Situation mag eine genauere Studie über die Rechtsquellen der Bankverträge hilfreich sein.

II. Bankverträge im europäischen Privat- und Handelsrecht

1. Privatrechtskodifikationen

a) Bankverträge

Der Codice civile behandelt in seinem Kapitel über die Bankverträge folgende sechs Verträge: Bankeinlagen (Art. 1834-1838: depositi bancari; dépôts bancaires), Schließfachdienst der Banken (Art. 1839-1841: servizio bancario delle cassette di sicurezza; contrat bancaire de coffre-fort), Eröffnung eines Bankkredits (Art. 1842-1845: apertura di credito bancario; ouverture de crédits bancaire), Bankvorschuss (Art. 1846-1851: anticipazione

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

bancaria; avances bancaires), Bankgeschäfte in Form des Kontokorrentes (Art. 1852-1857: operazioni bancarie in conto corrente; opérations bancaires en compte-courant) und Skonto-Vertrag (Art. 1858-1860: sconto bancario; escompte bancaire).
Diese separate Behandlung von Bankverträgen in einem speziellen Kapitel hat weder Vorläufer in älteren Zivilgesetzbüchern (Code civil, ABGB, Codice civile von 1865, Código civil, BGB, schweizerisches OR) noch in späteren Gesamtkodifikationen (griech. ZGB 1942/46, niederländisches Burgerlijk Wetboek).
Die italienische Regelung scheint erst spät im Gesetzgebungsprozess beschlossen worden zu sein, nämlich als feststand, dass man den Codice di commercio zugunsten eines einheitlichen Privatrechtsgesetzbuches aufgeben und von dessen ebenfalls geplanter Revision absehen wollte. Deswegen fasste man den im alten Codice di commercio von 1882 enthalten Kontokorrentvertrag und die im geplanten neuen Codice di commercio geregelte Bankeinlage in einem gemeinsamen Kapitel mit vier anderen Bankverträgen unter dieser gemeinsamen Überschrift zusammen. Diese Zusammenfassung hat keine wirkliche materiellrechtliche Bedeutung, da sie keine gemeinsamen Vorschriften für Bankgeschäfte enthält. Die dort zusammengefassten Verträge könnten auch separat in getrennten Abschnitten des Codice civile geregelt sein, ohne etwas von ihrer Bedeutung zu verlieren.

b) Verträge, die auch Banken abschließen
Andere europäische Zivilgesetzbücher regeln viele der im Codice civile genannten Verträge, ohne sie ausdrücklich auf Verträge mit Banken zu beschränken. So werden insbesondere folgende Verträge ganz allgemein, also auch für Banken geregelt:

- Anweisung (assignation, assegno): §§ 783-792 BGB, Art. 466-471 OR
- Bürgschaft (cautionnement, fideiussione): §§ 765-778 BGB, Artt. 7: 850-870 BW; Art. 492-512 OR
- Darlehen (prêt de consommation, mutuo): §§ 488-512 BGB, Art. 7A :1791-1806 BW ; Art. 312-318 OR
- Geschäftsbesorgung zur Erbringung von Zahlungsdiensten (mandat de service de paiement, mandato di servicio di pagamento): §§ 675a – 676c BGB

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

- Kreditbrief (lettre de crédit, lettera di credito): Art. 407-411 OR
- Verwahrung/Hinterlegung (dépôt, deposito): §§ 688-700 BGB, Art. 472-491 OR

2. Handels- bzw. Unternehmensgesetzbücher

In einigen Mitgliedstaaten gibt es noch Handels- oder Unternehmensgesetzbücher, so z.B. in Deutschland, Frankreich, Österreich und Spanien. In diesen Gesetzen gibt es zwar keine Abschnitte über Bankverträge, jedoch sind in ihnen auch Verträge geregelt, die von Banken angeschlossen werden:

- Kaufmännische Verwahrung (depósito mercantil): Art. 303-310 Código de comercio,
- Kaufmännisches Darlehen (préstamos mercantiles): Art.311 – 324 Código de comercio,
- Kaufmännische Bürgschaft (afianzamientos mercantiles): Art. 439-442 Código de comercio

3. Spezialkodifikationen zum Banken- oder Verbraucherrecht

Der französische Code de la consommation zum Beispiel enthält in Art. L 311-1 ff. ausführliche Regeln über den Verbraucherkredit (crédit à la consommation).

4. Andere Spezialgesetze

Gewisse Spezialgesetze regeln bestimmte Bankverträge ausführlich, und zwar umfassend in jeder Hinsicht. So gibt es z.B. in Deutschland und Österreich ein Depotgesetz (1937 bzw. 1969) über die Verwaltung und Anschaffung von Wertpapieren.

III. Europäisches Recht und andere übernationale Regelungen

1. Europäische Union

Die Europäische Union (Union Européenne, European Union, Unione Europea) hat auf dem Gebiet des Bankrechts vor allen Richtlinien erlassen, aber auch einige Verordnungen.[1]

[1] Vgl. *Dieter Krimphove,* Gesetzgebung im europäischen Bank- und Kapitalmarktrecht – eine ökonomisch-historische Betrachtung: Europarecht 42 (2007) 597-621.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

a) Verordnungen

Folgende Verordnungen zum Bankrecht hat die EU erlassen:

- Verordnung (EG) Nr. 924/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 über grenzüberschreitende Zahlungen in der Gemeinschaft und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2560/2001 (Règlement (CE) n° 924/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant les paiements transfrontaliers dans la Communauté et abrogeant le règlement (CE) n° 2560/2001)[2]
- Verordnung 809/2004/EG der Kommission vom 29.4.2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG betreffend die in Prospekten enthaltenen Informationen sowie das Format, die Aufnahme von Informationen mittels Verweis auf die Veröffentlichung solcher Prospekte und die Verbreitung von Werbung (Règlemet (CE) n° 809/2004 de la Commission du 29 avril 2004 mettant en œuvre la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les informations contenues dans les prospectus, la structure des prospectus, l'inclusion d'informations par référence , la publication des prospectus et la diffusion des communications à caractère promotionnel). [3]

b) Richtlinien

Folgende Richtlinien befassen sich wenigstens teilweise mit Aspekten von Bankverträgen:

- Richtlinie 94/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.1994 zur Änderung der Richtlinie 80/390/EWG zur Koordinierung der Bedingungen für die Erstellung , die Kontrolle und die Verbreitung des Prospekts, der für die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse zu veröffentlichen ist, im Hinblick auf die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Prospekts (Directive 94/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 modifiant la directive 80/390/CEE portant coordination des conditions d'établissement, de contrôle et de diffusion du prospectus à publier pour l'admission de valeurs

[2] ABl. Nr. L 266 vom 9.10.2009, S. 11 ff.
[3] ABL. Nr. L 215 vom 16.6.2004, S. 3 ff.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs, au regard de l'obligation de publication du prospectus) [4]

- Richtlinie 97/5/EG des Rates und des Europäischen Parlaments vom 27.1.1997 über grenzüberschreitende Überweisungen (Directive 97/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers) [5]
- Richtlinie 2009/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.5.2009 zur Änderung der Richtlinie 98/26/EG über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und Abrechnungssystemen und der Richtlinie 2002/47/EG über Finanzsicherheiten im Hinblick auf verbundene Systeme und Kreditforderungen (Directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées) [6]
- Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (Directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négotiation, et modifiant la directive 2001/34/CE) [7]
- Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002

[4] ABl. Nr. L 135 vom 31.5.1994, S. 1 ff.
[5] ABl. Nr. L 43 vom 14.2.1997, S. 25 ff.
[6] ABl. Nr. L 146 vom 10.6.2009, S. 37 ff.
[7] ABl. Nr. L 345 vom 31.12.2003, S. 64 ff.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE) [8]

- Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (Directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au publique de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, et modifiant la directive 2001/34/CE) [9]
- Richtlinie 2003/125/EG der Kommission vom 22.12.2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in bezug auf sachgerechte Darbietung von Anlageempfehlungen und die Offenlegung von Interessenkonflikten (Directive 2003/125/CE de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la présentation équitable des recommandations d'investissement et la mention des conflits d'intérêts).[10]
- Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG (Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE)[11]

[8] ABl. Nr. L 271 vom 9.10.2002, S. 16 ff.
[9] ABl. Nr. L 345 vom 31.12.2003, S. 64 ff.
[10] ABl. Nr. L 339 vom 24.1.22003, S. 73 ff.
[11] ABl. Nr. 319 vom 5.12.2007, S. 1 ff.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Die Richtlinien sind mittlerweile in das nationale Recht der Mitgliedstaaten übernommen worden, bilden also schon heute harmonisiertes Recht der EU-Mitgliedstaaten.

2. Unidroit

Das Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (Institut international pour l'unification du droit privé; International Institute for the Unification of Private Law; Unidroit) in Rom hat zwei Konventionen ausgearbeitet und im Jahre 1988 in Ottawa zur Zeichnung aufgelegt. Es handelt sich um folgende Übereinkommen:

- Übereinkommen vom 28.5.1988 über das internationale Finanzierungsleasing (Convention sur le crédit-bail international)[12]
- Übereinkommen vom 28.5.1988 über das internationale Factoring (Convention sur l'affacturage international).[13]

Beide Konventionen regeln das materielle Recht *internationaler* Leasing- und Factoring-Verträge. Bei einer Regelung rein *innerstaatlicher* Verträge dieses Typs sollte man die beiden Übereinkommen sorgfältig berücksichtigen.

3. CNUDCI (Uncitral)

Die UN-Kommission für das internationale Handelsrecht (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, United Nations Commission on International Trade Law) in Wien hat im Laufe der Zeit vier Konventionen ausgearbeitet, die auch für Banken von Bedeutung sind. Es handelt sich um folgende Instrumente:

- Convention des Nations Unies de 1988 sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux
- Loi type de la CNUDCI de 1992 sur les virements internationaux
- Convention des Nations Unies de 1995 sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by
- Convention des Nations Unies de 2001 sur la cession de créances dans le commerce international.

[12] Ratifiziert u.a. von Frankreich, Italien, Lettland, Nigeria, Panama, Russland, Ukraine, Ungarn, Usbekistan und Weißrussland.

[13] Ratifiziert u.a. von Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Lettland Nigeria, Russland, Ukraine und Ungarn.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Diese Übereinkommen wollen das materielle Recht entweder gewisser Vertragstypen (garanties indépendantes) oder bestimmter Rechtsgeschäfte (cession de créances) auf weltweiter Grundlage vereinheitlichen. Das ist jedoch – anders als beim UN-Kaufrecht von 1980 – nicht gelungen. Denn kein europäischer Staat hat bislang eines dieser Übereinkommen ratifiziert.

4. Europarat

Der Europarat (Conseil de l'Europe, Council of Europe) in Strasbourg arbeitet seit seiner Gründung im Jahre 1949 Übereinkommen aus, um das Recht der Mitgliedsaaten zu vereinheitlichen oder wenigstens zu harmonisieren. Auch auf dem Gebiet des Handelsrechts ist der Europarat tätig geworden und hat folgende Übereinkommen verabschiedet:

- Convention européenne du 11 décembre 1967 relative aux obligations en monnaie étrangère (Série des traités européens = STE n° 60)
- Convention du 28 mai 1970 relative à l'opposition sur titres au porteur à circulation internationale (STE n° 72)
- Convention européenne du 16 mai 1972 relative au lieu de paiement des obligations monétaires (STE n° 75)
- Convention du 20 avril 1989 sur les opérations financières des « initiés » (STE n° 130) avec protocole du 11 septembre 1989 (STE n° 133)
- Convention européenne du 24 janvier 2001 sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel (STE n° 178).

Nur drei dieser Übereinkommen sind in Kraft getreten, nämlich das zweite (Belgien, Frankreich, Luxemburg und Österreich), das vierte (Finnland, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Schweden, Tschechische Republik, Vereinigtes Königreich und Zypern) und das fünfte (Bosnien-Herzegowina, Bulgarien, Finnland, Frankreich, Kroatien, Moldawien, Niederlande, Rumänien, Schweiz und Zypern). Gleichwohl lohnt sich die Konsultierung dieser Instrumente, da sie aufgrund rechtsvergleichender Studien ausgearbeitet worden sind.

5. Internationale Handelskammer

Die Internationale Handelskammer (International Chamber of Commerce, ICC) in Paris hat im Jahr 2007 die Einheitlichen

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits) revidiert und ab 1.1.2008 für anwendbar erklärt.[14] Diese Richtlinien haben sich weltweit durchgesetzt, werden von Banken angewandt und schnell revidiert, wenn sich dies als notwendig erweist.

6. Haager Konferenz für IPR

Die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht (Conférence de La Haye de droit international privé) befasst sich nur mit dem Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht und nicht mit dem materiellen Recht. Deshalb hat sie bis heute keine Konventionen zu Bankverträgen ausgearbeitet.

7. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Schließlich darf nicht vergessen werden, dass alle Banken allgemeine Geschäftsbedingungen für Kreditinstitute verwenden, deren Gültigkeit bereits gerichtlich überprüft worden sind und die wichtige Hinweise darauf enthalten, was und wie im Geschäftsbereich der Banken heute geregelt werden muss.[15] Auch diese AGB sind bei gesetzgeberischen Arbeiten zu berücksichtigen.

IV. Regelungsbedarf

1. Code européen des contrats

Der Code européen des contrats hat sich zur Aufgabe gemacht, das Vertragsrecht der europäischen Staaten zu vereinheitlichen, und zwar sowohl das allgemeine Vertragsrecht als auch das Recht der einzelnen Vertragstypen. Deshalb liegt es nahe, auch solche Bankverträge gesetzlich zu regeln, die sich zu einem bestimmten Vertragstypus verdichtet haben.

2. Art der Regelung

Bei einer gesetzlichen Regelung der Bankverträge bieten sich zwei verschiedene Regelungsmodelle an: entweder ein besonderer Abschnitt über Bankverträge wie im Codice civile oder die Regelung einzelner Bankverträge neben den anderen Vertragstypen.

---

[14] Publikation UPC 600 der ICC.

[15] Vgl. z.B. *Norbert Horn* (Hrsg.), Die AGB-Banken 1993, Berlin/New York 1994; *Gerlinde Weilinger* (Hrsg.); Banken- und Börsenrecht, 18. Aufl. Wien 2011.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

a) Besonderer Abschnitt
Will man die Bankverträge – wie im Codice civile – in einem besonderen Abschnitt regeln, gibt es zwei Möglichkeiten, dieses Ziel zu verwirklichen. Man kann entweder jeden Bankvertrag für sich regeln oder man kann ausserdem allen Bankverträgen einen „allgemeinen Teil" der Bankgeschäfte voranstellen und darin die allen Bankverträgen gemeinsamen Vorschriften regeln. Ob sich ein solcher „allgemeine Teil" zusammenstellen lässt, wird sich nach der Formulierung der Regeln für spezielle Bankverträge ergeben. Nach der Formulierung der speziellen Regeln muss man entscheiden, ob ganz allgemeine Regeln typisch für alle Bankgeschäfte gelten oder vielleicht für alle Konsumentenverträge, seien sie solche mit Banken oder mit anderen Anbietern von Waren oder Dienstleistungen. Es ist durchaus denkbar, dass auf Grund von Richtlinien der EU gewisse Regeln entstehen, die – unabhängig von der Verbrauchereigenschaft von Bankkunden – für alle Bankgeschäfte gelten. Ich denke hierbei an gewisse Pflichten der Banken zur Information der Kunden, zur Sorgfalt ihrer Dienstleistungen, zur Begrenzung von Freizeichnungen ihrer Haftung oder zur Haftung für ihre Angestellten, Handelsvertreter und Tochterunternehmen. All dies erfordert ein gewissenhaftes Studium der EU-Richtlinien und der bestehenden Praxis

b) Einzelne Verträge
Möglich ist es immer, einzelne Bankverträge ohne einen „allgemeinen Teil" zu regeln wie es der spanischen Código de comercio tut (s. oben II 2). Frage bleibt allerdings, welche Verträge dies sind.

3. Art der Verträge
Bei der Auswahl der zu regelnden Bankverträge gibt es zumindest fünf wichtige Probleme zu diskutieren:

- Soll man auch solche Verträge *speziell* für Banken regeln, die – wie z.B. Bürgschaften oder Verwahrung – auch von anderen Personen angeboten werden?
- Welche Bankverträge haben sich schon soweit *verdichtet,* dass man sie als einen festen Vertragstypus ohne weiteres in präzisen Normen kodifizieren kann?
- Welche Verträge oder Rechtsgeschäfte sind dem raschen *Wandel* so stark ausgesetzt, dass sie – wie etwa bei den ICC

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Regeln über Dokumenten-Akkreditive (s. oben Iii 5) – besser wie bisher von Internationalen Verbänden „verwaltet" werden und schnell den jeweiligen Bedürfnissen angepasst werden können?

- Will man – wie etwa bei den Unidroit- oder Uncitral-Konventionen (s. oben III 2 und 3) – zwischen rein *nationalen* und *internationalen* Beziehungen unterscheiden?
- Muss auf Grund der Vorgaben der EU (s. oben III 1) zwischen *innereuropäischen* Bankgeschäften und solchen mit Personen aus *Drittstaaten* differenziert werden?

Wie immer man diese Fragen beantwortet, es bleibt ganz allgemeine Problematik, wie ausführlich eine gesetzliche Regelung sein muss.

4. Dichte der Regelung

Bankverträge haben eine Besonderheit. Sie müssen sich schnell den wandelnden Bedingungen der Zeit anpassen können. Deshalb empfiehlt es sich, nur in groben Zügen die Hauptverpflichtungen der Parteien zu regeln und – abgesehen von zwingenden Regeln des Verbraucherschutzes – der Privatautonomie breiten Raum zu gewähren.

V. Zusammenfassung

Die gesetzliche Regelung von Bankverträgen ist schwierig, aber nicht unmöglich. Mehrere Optionen stehen zur Verfügung. Wie immer man die Regelung trifft, stets sind die bereits vorliegenden Quellen nationaler, übernationaler und internationaler Art sorgfältig zu berücksichtigen.

***

Ces observations ont été exprimées verbalement pendant les séances de travail, puis par des notes écrites, en rapport avec les règles suivantes du code civil italien (adopté comme « tableau de marche ») contenues dans le « Questionnaire ».

Art. 1835 et seq. : biffer: Il n'y a pas de livrets de dépôt d'épargne aujourd'hui.

Art. 1838 : il faut ajouter l'obligation de la banque d'indiquer les devoirs de leurs clients en ce qui concerne les dettes fiscales.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Art. 1841 (2) : ajouter « d'un notaire ou une autre personne neutre ». La figure du notaire est inconnue en Angleterre.

Art. 1842 : ajouter le devoir de l'autre partie de payer des intérêts. L'ouverture d'un crédit est un contrat contre rémunération.

Art. 1846 et seq. : Est-ce que un contrat spéciale ou aussi un contrat sur l'ouverture de crédits bancaires.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. JEAN-PIERRE SORTAIS
Professeur émérite à l'Université de Lausanne

OPERATIONS DE BANQUE: OBSERVATIONS GENERALES

Les opérations de banque semblent aujourd'hui beaucoup plus nombreuses et diverses qu'à l'époque (1942) où le code civil italien a été promulgué.

1. Pour illustrer cette idée, je signale que, dans la 8è édition de son Manuel de droit bancaire (p.41-42, n° 41) M. BONNEAU, s'inspirant de l'Annexe I de la directive communautaire n ° 2006/49/CEE (JOUE 177/201 du 30 juin 2006), n'énumère pas moins de 14 rubriques pour classer les activités possibles des établissements de crédit, depuis la réception de dépôt ou d'autres fonds remboursables jusqu'à la location de coffres.

2. A ce propos, ne serait-il pas judicieux de faire référence au texte européen précité, voire de le reprendre tel quel? En effet en se contentant d'une simple référence on court le risque d'être, un jour, dépassé par l'évolution des textes communautaires: d'ailleurs, la directive précitée de 2006 a été modifiée sur certains points (mais non en ce qui concerne l'énumération qui nous intéresse) par une directive n° 2008/23 du Parlement et du Conseil du 11 mars 2008.

3. Même en s'en tenant à l'idée que les contrats bancaires se ramènent finalement à deux grands types – le contrat de prêt et le contrat de dépôt – on ne peut éviter d'affronter certaines questions telles que la suivante: convient-il, à l'image du droit français, de reconnaître une double nature au contrat de prêt: ce contrat, s'il conserve de droit commun sa nature de contrat unilatéral, devient, au contraire, un contrat consensuel lorsque le prêt (et plus généralement le crédit) est consenti par un professionnel de la banque?

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

4. A toutes fins utiles, je rappelle ci-après les définitions qu'on trouve en droit français des opérations de banque et des opérations de crédit. Aux termes de l'art. L.311-1 du code monétaire et financier «les opérations de banque comprennent:

- la réception de fonds du public;
- les opérations de crédit;
- ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement».

Quant aux opérations de crédit, leur définition résulte de l'article L.313-1 du code–ci monétaire et financier qui énonce: «Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat».

La précision «à titre onéreux» est essentielle car elle détermine le domaine d'application du monopole bancaire.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. GIUSEPPE TERRANOVA
Professore nell'Università "La Sapienza", Roma

I CONTRATTI BANCARI NEL SISTEMA DEL CODICE CIVILE (*Appunti*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le norme del codice civile e la legge bancaria del '36. – 3. Dalla banca di "deposito e sconto" alla banca "universale". – 4. I contratti bancari come contratti d'impresa. – 5. I contratti di credito come contratti di durata. – 6. I contratti di credito e l'eccessiva onerosità sopravenuta. – 7. I contratti di credito come contratti "reali". – 8. Il ruolo della consegna nella costituzione dei rapporti finanziari. – 9. Conto corrente bancario e conto corrente ordinario. – 10. Due problemi specifici: la disciplina delle garanzie e la disciplina dello sconto. – 11. Conclusioni.

Premessa

1. Il fatto che l'Accademia dei Giusprivatisti Europei abbia scelto le norme del codice civile italiano come testo base per elaborare una disciplina dei contratti bancari fa ricadere sulle spalle degli interpreti, che a vario titolo si sono già occupati di quelle norme, una particolare responsabilità, perché tocca a loro, in prima battuta, chiarire il significato delle scelte compiute nel '42, individuare le lacune che, a distanza di sessant'anni, si sono manifestate nell'accennata disciplina, denunciare gli eventuali limiti dell'impostazione seguita dal legislatore e, soprattutto, segnalare i complementi normativi (si tratta, come vedremo, di una serie di disposizioni e di principi, disseminati in diversi anfratti del codice), che risultano indispensabili per scorgere la filigrana degli istituti (il disegno celato alla vista del comune lettore) ed evitare gravi fraintendimenti.

Proprio per questo motivo, non è un caso se il Professor Gandolfi s'è assunto l'onere d'illustrare le peculiarità del nostro sistema normativo con un saggio, che lascia ammirati per lo sforzo di sintesi, il misurato equilibrio delle soluzioni, la finezza e l'acume di molti rilievi. Il quadro, che ne risulta, è pienamente condivisibile, ma

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

la sensibilità del commercialista m'induce ad evidenziare qualche altro profilo, che merita anch'esso, a mio avviso, un po' d'attenzione.

Le norme del codice civile e la legge bancaria del '36

2. Innanzi tutto, mi sentirei di sottoscrivere senza tentennamenti il rassicurante giudizio espresso dal Professor Gandolfi in merito al pericolo che le norme, dettate dal codice civile per i contratti bancari, siano state contaminate dalle ideologie imperanti in Italia nei primi anni quaranta del secolo scorso: confermo, infatti – per parte mia e per quel che conta – che le scale di valori del regime fascista non hanno in alcun modo influenzato gli articoli di legge sottoposti al nostro vaglio.

Detto questo, però, non si può negare che ogni norma è figlia del suo tempo e che la disciplina *de qua* corrisponde ad un modello d'impresa bancaria ormai largamente superato. Tale affermazione è comprovata, a mio avviso, da un indizio di carattere puramente topografico, che, a prima vista, può sembrare tenue ed insignificante, ma che – conoscendo lo spirito di simmetria e l'ordine, quasi maniacale, con i quali i redattori del codice hanno collocato ogni singola disposizione nella complessa architettura del libro IV – assume un'indiscutibile rilevanza. Mi riferisco al fatto che il capo sui contratti bancari (il diciassettesimo, che va dall'art. 1834 all'art. 1860) inizia con la disciplina del *deposito* (sezione prima, dall'art. 1834 all'art. 1838) e finisce con la disciplina dello *sconto* (sezione sesta, dall'art. 1858 all'art.1860).

Tutto ciò non è casuale, soprattutto se si considerano gli stretti collegamenti tra il codice civile del '42 e la legge bancaria del '36. Appare evidente, infatti, che il modello d'impresa, al quale viene idealmente riferita la disciplina *de qua*, è la banca di "*deposito e sconto*", e cioè un sottotipo di banca commerciale, considerato particolarmente virtuoso ed efficiente per porre il sistema economico al riparo dalle crisi di liquidità dolorosamente sperimentate in sul finire degli anni venti.

In altri termini, i redattori del codice non hanno fatto altro che confermare, sul versante del diritto privato, le scelte di politica legislativa già effettuate (nel '33 e nel '36) sul versante del diritto pubblico per far fronte alla crisi del '29. Ci riferiamo alla rigida *separazione* del credito a breve dal credito a medio/lungo termine: separazione a sua volta sorretta, sul piano teorico, dal convincimento che il primo (il credito a breve) si basa sulla regolazione della liquidi-

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

tà e dei flussi monetari, mentre il secondo (il credito a medio/lungo termine) si basa sulla valutazione delle garanzie e dei progetti industriali di volta in volta finanziati.

Da qui l'enfasi posta sui rapporti di deposito e di sconto, che sono stati collocati all'inizio ed alla fine del complesso di norme preso in esame, per segnalare che la funzione tipica della banca avrebbe dovuto essere quella di raccogliere il risparmio monetario dei clienti (fondi da restituire a vista) per investirlo nel credito commerciale. Si riteneva, infatti, che quest'ultima forma di finanziamento – avendo come contropartita l'acquisto di crediti dotati di caratteristiche monetarie (non si dimentichi che le cambiali, soprattutto quelle "bancabili", erano considerate come una vera e propria moneta del commerciante) – era in grado d'assicurare al sistema economico (tramite le operazioni di risconto, a loro volta governate dalla banca centrale) il tasso di liquidità ritenuto più confacente.

Dalla banca di "deposito e sconto" alla banca "universale"

3. Se si tiene conto di quanto precede, si comprendono meglio le ragioni che fanno apparire la disciplina dei contratti bancari, dettata dal codice, piuttosto asfittica ed obsoleta rispetto alla realtà da regolare.

La banca d'oggi non si limita a raccogliere depositi a vista tra la clientela, per poi investirli in operazioni di sconto, ma partecipa a pieno titolo alla cosiddetta industria dei pagamenti (assegni, giroconti, mandati all'incasso, carte di credito, carte di debito, *etc.*), compie operazioni finanziarie di medio e lungo periodo (emissione di prestiti obbligazionari, cartolarizzazioni, mutui, finanza di progetto, *etc.*), mette a disposizione della clientela una serie di servizi e di prodotti (basti pensare ai vari tipi di fideiussioni e di garanzie), intermedia l'acquisto e la vendita di strumenti finanziari e d'altri valori mobiliari.

Il credito commerciale, d'altro canto, non ha più quel ruolo centrale di una volta e persino lo sconto non ruota più attorno alla cessione di pretese dotate di caratteristiche monetarie (quella che un tempo si chiamava "carta commerciale"), ma è stato sostituito dal cosiddetto "sconto di ricevute e di fatture" (che implica un semplice mandato all'incasso, e non una vicenda traslativa), oppure dalle operazioni di *factoring* e di *forfaitig.*

In questo quadro si potrebbe ritenere un errore prendere a riferimento le norme del codice civile italiano per dettare una disci-

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

plina moderna e completa dei rapporti bancari: in fondo, ben poche delle operazioni dianzi ricordate trovano una coerente regolamentazione, o anche solo una menzione, nel capo diciassettesimo del libro quarto del codice, mentre le tipologie di contratti, che vi sono collocati, hanno assunto forme e contenuti (si pensi ancora una volta allo sconto) molto diversi da quelli di un tempo.

Nonostante questo giudizio – apparentemente impietoso, ma in realtà frutto del lungo tempo trascorso – a mio avviso il modello di disciplina, presentato dal codice, si basa su un nucleo di concetti che vanno tenuti ben presenti anche in una futura regolamentazione della materia.

I contratti bancari come contratti d'impresa

4. Il primo, dei predetti concetti, può essere ricavato proprio da quanto s'è detto per individuare le ragioni dell'inadeguatezza della disciplina dettata nel '42, e cioè dal rilievo che essa è stata formulata tenendo presente uno specifico modello d'impresa finanziaria, costituito dalla banca di deposito e sconto.

Quest'affermazione può sembrare paradossale, ma non è difficile intenderne il significato, se si considera che – mentre il modello preso a riferimento era troppo legato a certe esperienze storiche, mal vissute e peggio digerite (in buona sostanza: la crisi del '29) – l'idea di concepire i contratti bancari come contratti d'impresa e di regolarli tenendo conto delle specifiche esigenze dell'organismo economico che li pone in essere costituisce un punto di partenza essenziale per la disciplina della materia: se non si prendono le mosse da questa necessaria premessa, si rischia infatti di fabbricare sulla sabbia e di creare un edificio inevitabilmente destinato a crollare con il primo soffio di vento ed il primo maroso.

Non si tratta di un monito puramente rituale: se si guarda ad alcuni interventi dei legislatori nazionali (mi riferisco prevalentemente all'esperienza italiana), si può agevolmente constatare, infatti, che le banche sono state considerate alla stregua di persone "ricche", alle quali si poteva togliere per dare ai "poveri": si è innescato, cioè, un processo di redistribuzione della ricchezza, animato da scopi solidaristici, senza considerare che le aziende di credito si limitano a svolgere un'attività d'intermediazione tra soggetti eccedentari e soggetti deficitari di risparmio, con la conseguenza di dover mantenere un equilibrio tra le varie forme di raccolta (a breve, medio e lungo termine) e le varie forme d'impiego.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Con questo, non voglio certo assumere una posizione politica, a difesa di una parte (gli imprenditori) e a discapito dell'altra (i consumatori di risparmio): voglio solo dire che certi interventi – volti a riequilibrare insostenibili situazioni di mercato: si veda in appresso, al par. 6 – avrebbero dovuto essere ben altrimenti articolati, se si fosse considerato il nesso tra attivo e passivo, se si fosse distinto tra servizi finanziari e servizi d'intermediazione, se si fosse posta una maggiore attenzione al ruolo della banca ed alla natura della prestazione erogata. In altri termini: se si fosse individuata la vera causa della disfunzione, in modo da intervenire con strumenti più pertinenti e meno destabilizzanti.

I contratti di credito come contratti di durata

5. Il rilievo che i contratti bancari sono contratti d'impresa (e come tali vanno regolati) è importante, ma non è il solo da tenere presente, quando si disciplina la materia. Si deve considerare, infatti, che la banca è un'impresa prevalentemente "finanziaria" e che i rapporti di finanziamento sono governati da regole e principi, che non sempre possono essere desunti dal capo diciassettesimo del libro quarto (del quale ci stiamo occupando), ma sono talvolta dislocati – lo si è già detto – in vari anfratti del codice.

Anche a tale riguardo mi limito a fare qualche esempio: mi sembra ormai indiscusso che il mutuo ed i negozi affini (in Italia parliamo di "contratti di credito" o di contratti che hanno ad oggetto una "prestazione creditizia") sono contratti di *durata*, ai quali si può applicare la complessa disciplina che regola certi tipi di sopravvenienze (soprattutto in tema d'inadempimento e d'eccessiva onerosità sopravvenuta).

Questa caratteristica, però, non viene desunta dalle regole dettate per i rapporti bancari, ma si ricollega al fatto che gli interessi sono annoverati dal codice tra i frutti civili (art. 820 e 821, c.c.) e che il contratto di mutuo è valido, anche se non vi è indicato un termine per la restituzione delle cose prese a prestito, giacché in tal caso si può chiedere al giudice di sostituirsi alle parti (art. 1817, c.c.) nel fissare la data del rimborso.

Dalle prime due norme si ricava che il legislatore non ha considerato il mutuo e gli altri contratti di finanziamento come uno *scambio* di beni presenti contro beni futuri, bensì come un rapporto di *godimento* di cose fungibili, e questo perché i frutti civili (tra i quali vengono annoverati gli interessi) sono quelli "che si ricavano dalla

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

cosa come corrispettivo del *godimento* che altri ne abbia" (art. 820, comma terzo) e maturano "giorno per giorno in ragione della *durata* del diritto" (art. 821, comma terzo)[1]. Questa scelta, del resto, appare confermata dal già citato art. 1817, perché, se la prestazione creditizia consistesse nella programmazione di uno scambio tra cose diversamente dislocate nel tempo, non sarebbe concepibile un mutuo a tempo indeterminato.

I contratti di credito e l'eccessiva onerosità sopravvenuta

6. Si potrebbe ritenere che le considerazioni svolte nel precedente paragrafo, pur avendo un indiscutibile rilievo dal punto di vista sistematico (almeno per quanto concerne l'ordinamento italiano), non hanno una necessaria refluenza sulla disciplina dei rapporti bancari, in quanto si tratterebbe di principi e di regole di carattere generale, che non sono strettamente legati alla materia in esame.

In realtà, però, fare un po' di chiarezza sul piano dei concetti non sarebbe male, soprattutto se si pensa a quanto è accaduto (ed anche qui ho presente il caso italiano, ma si tratta di un punto "sensibile" anche per i rapporti transnazionali), quando i tassi d'interessi hanno subito una drastica e generalizzata riduzione a causa del contenimento del fenomeno inflattivo, reso possibile dall'introduzione dell'Euro e dalle politiche economiche imposte dall'Unione Europea.

[1] In realtà, nelle norme citate nel testo il riferimento al "godimento" ed alla "durata" può sembrare improprio, perché, per un verso, il diritto di godere della somma depositata o mutuata non deriva da una specifica posizione del depositario o del mutuatario, ma è la logica conseguenza del trasferimento della proprietà del denaro; mentre, per altro verso, il godimento della predetta somma non si prolunga nel tempo (come potrebbe far pensare il concetto di durata), ma si esaurisce *uno actu*, nel momento stesso in cui l'*accipiens* la spende, per farne quel che crede (dall'acquisto di beni di prima necessità fino al gioco ed alla scommessa).

Si deve riconoscere, pertanto, che gli art. 820 e 821, c.c., hanno utilizzato delle vere e proprie metafore. La circostanza, tuttavia, che il legislatore abbia sentito il bisogno di fare ricorso alle predette figure retoriche (attingendo, per altro, alla storia millenaria degli istituti in esame) è molto significativa, perché dimostra che si è ritenuto di dover assoggettare la prestazione creditizia (effettuata dal depositante o dal mutuante) ad un complesso di regole (quelle sui rapporti di durata) che, apparentemente, non hanno nulla a che vedere con il fenomeno regolato (nel quale il godimento è istantaneo ed è reso possibile dal trasferimento della piena proprietà delle somme depositate o mutuate), ma che sono sembrate le più rispondenti alla conformazione degli interessi sottostanti (v. avanti, nel testo).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Per far fronte alle sperequazioni provocate dal disallineamento tra i tassi dei vecchi ed i tassi dei nuovi rapporti creditizi, in Italia s'è assistito ad una serie d'interventi legislativi e giudiziari particolarmente pesanti: per un verso, infatti, s'è emanata una disciplina dell'usura (l. 7 marzo 1996, n. 108) molto rigorosa, resa ancora più indigesta (per le banche) dalla circostanza che la giurisprudenza l'ha applicata ai rapporti in corso d'esecuzione, anche quando era mancato, al momento della conclusione del contratto, un qualsivoglia approfittamento del mutuante a carico del mutuatario; per altro verso, si è proceduto alla ricontrattazione forzata dei tassi d'interessi per i mutui, senza curarsi dell'esigenza di mantenere il necessario equilibrio tra i prezzi fissati per l'erogazione del credito e i costi della provvista.

Tutto ciò induce a riflettere, soprattutto se si considera che le predette scelte di politica legislativa e giudiziaria hanno reso estremamente rigido il mercato italiano del credito (con evidenti riflessi sul piano della concorrenza tra ordinamenti) mentre il problema poteva essere più confacentemente risolto, se si fosse considerato che i contratti dotati di una componente finanziaria danno luogo a dei rapporti di durata, per loro natura soggetti al rimedio generale (che avrebbe potuto essere, con riferimento alle peculiarità del caso, un po' meglio articolato) dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.

In altri termini, si è scelta la strada d'interventi autoritativi (e, talvolta, inutilmente repressivi: ricordiamo ancora una volta la disciplina penalistica dell'usura), quando si sarebbero potuti conseguire gli stessi risultati con strumenti di generale applicazione (almeno in Italia) e meno intrusivi.

I contratti di credito come contratti "reali"

7. Il collegamento tra la disciplina dei rapporti bancari e la disciplina del mutuo[2], acquista una particolare rilevanza anche da un altro punto di vista: quello del ruolo da attribuire alla consegna, ai

[2] Il collegamento, di cui si parla nel testo, è testimoniato dalla relativa vicinanza topografica dei due gruppi di norme nel sistema del codice civile: si consideri che il mutuo è disciplinato nel capo XV, mentre i contratti bancari sono disciplinati nel capo XVII del medesimo libro IV; nel mezzo (capo XVI) sono collocate le disposizioni sul conto corrente ordinario, delle quali si parlerà nel successivo par. 9.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

fini della validità (e degli effetti) della nuda promessa di effettuare un finanziamento.

Com'è noto, la dottrina italiana ha preso atto della volontà del legislatore storico (art. 1813, c.c.) d'annoverare il mutuo tra i *contratti reali*, ma poi ha cercato d'eliminare i più gravi inconvenienti, apparentemente legati a questa scelta, sostenendo che accanto alla fattispecie tipica del mutuo, a carattere reale, sarebbero ammissibili nel nostro ordinamento una serie di contratti di credito atipici, o "diversamente tipici" (si pensi all'apertura di credito ed agli altri contratti di finanziamento bancario), per i quali la nuda promessa produrrebbe un vincolo giuridico, a prescindere dalla consegna della cosa [3].

Dal canto suo, il Codice europeo dei contratti ha assunto una posizione ancora più permissiva – anche se, per molti versi, analoga – perché lascia alla libera determinazione delle parti (e non all'adozione di uno specifico tipo di contratto, sia esso d'origine legale o sociale) la scelta di dare rilievo, o meno, alla consegna. A norma del secondo comma dell'art. 34, infatti, "*Les contract réels se concluent à travers la remise effective de la chose qui doit en faire l'object, sauf si in vertu de la volonté des parties ou de la coutume il faut considèrer que celles-ci ont voulu conclure un contrat consensuel atypique*".

Nell'ordinamento tedesco, infine, il nuovo testo del § 488, comma primo, sembra aver trasformato il mutuo in un contratto consensuale, dicendo che "il mutuante è tenuto a mettere a disposi-

[3] Sul punto il sistema italiano è reso più complesso ed ambiguo dall'apparente contraddizione tra il citato art. 1813 (a norma del quale "Il mutuo è il contratto con il quale una parte *consegna* all'altra una determinata quantità di denaro ...") ed il successivo art. 1822 (a norma del quale "Chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua *obbligazione*, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono diventate tali da rendere notevolmente difficile la restituzione ..."): dalla prima norma sembrerebbe evincersi che il contratto si conclude con la consegna; dalla seconda s'evince che la nuda promessa "obbliga" e che il promittente può sciogliersi dal vincolo solo quando ricorrono determinati presupposti.

L'apparente contraddizione si supera, se si ritiene – come si propone nel testo – che la consegna (di cui all'art. 1813) sia un elemento costitutivo del *rapporto* di mutuo, e non dell'*impegno negoziale*. In tale prospettiva, il nudo consenso sarebbe vincolante e farebbe sorgere a carico del promittente una responsabilità contrattuale qualora non adempia il proprio obbligo; tuttavia, in mancanza della consegna, non si potrebbe instaurare il rapporto di finanziamento, ma il promissario avrebbe diritto solo al risarcimento del danno (qualora ne ricorrano i presupposti) nella misura dell'interesse positivo.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

zione del mutuatario una somma di denaro dell'ammontare pattuito".

Il ruolo della consegna nella costituzione dei rapporti finanziari

8. A mio sommesso avviso, sul piano della disciplina generale del contratto la posizione liberale, assunta dall'Accademia dei giuristi europei, può e deve essere mantenuta, ma ha bisogno di una specificazione [4] con riferimento ai contratti di credito ed alle promesse di finanziamento.

Per intendere le ragioni di tante cautele, è sufficiente pensare alle problematiche legate al contratto d'apertura di credito. A ben guardare, esso si sostanzia in una promessa di finanziamento (per cassa o per firma), caratterizzata dal fatto che la banca deve tenere conto del suo ammontare quando calcola ([5]) il volume di liquidità necessario per far fronte alle richieste dei clienti, in modo da mettersi nelle condizioni di soddisfarle tutte, fornendo ad ogni correntista la "disponibilità" di cui ha bisogno.

Come si vede, si tratta di un classico contratto d'impresa; e di un contratto che ha un'indiscutibile efficacia vincolante, ancor prima della concreta utilizzazione delle somme da parte del cliente e, quindi, ancor prima della consegna delle medesime: da qui la diffusa opinione che si tratti di un contratto meramente consensuale, assai lontano dallo schema del mutuo.

In tutto ciò vi è, indiscutibilmente, qualche cosa di vero. Ma, a mio avviso – lo ripeto – si errerebbe, se si ritenesse che la spontanea consegna delle somme da parte della banca sia del tutto irrilevante nella dinamica del rapporto, perché, se così fosse – dato che l'apertura di credito si sostanzia nella richiesta di effettuare un esborso di denaro a semplice richiesta del correntista – ci troveremmo in presenza di una comune obbligazione pecuniaria, il cui adem-

[4] In realtà, nell'ordinamento italiano la consegna ha un ruolo diverso in ognuna delle varie tipologie d'attività negoziali solitamente annoverate nella categoria dei contratti reali: talvolta serve a dare rilievo giuridico ad un impegno di cortesia (penso al comodato); in altri casi serva a far sorgere il diritto alla restituzione della cosa (penso al deposito) e forse anche al compenso (penso ancora al deposito, visto dal lato del depositario); in altri casi ancora (come nel mutuo e nei contratti di credito, richiamati nel testo) serve, infine, ad impedire l'adempimenti forzoso della nuda promessa, ferma restando la vincolatività della stessa, con la conseguente responsabilità per danni da inadempimento.

[5] Sulla base di un calcolo statistico, come avviene in tutti i rapporti d'impresa.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

pimento potrebbe essere richiesto con i normali strumenti esecutivi (pignorando le somme che la banca tiene in cassa), con l'ulteriore conseguenza, davvero paradossale, di legittimare i creditori del cliente (e cioè i creditori del creditore) ad agire sulla pretesa del promissario per pignorarla, o per chiederne un sequestro conservativo. In altri termini, se davvero ci trovassimo in presenza di un normale credito pecuniario, si dovrebbe ammettere che i creditori dell'affidato possano rivolgersi alla banca per chiederne l'adempimento e per pignorare la "disponibilità", in caso di rifiuto.

Com'è evidente, nessuno sarebbe disposto a pervenire a conclusioni così aberranti: il senso comune ci ha abituato a distinguere, senza alcuna difficoltà, tra un deposito bancario ed un'apertura di credito, perché, se è vero che tanto il debito di restituzione delle somme depositate quanto l'obbligo di far utilizzare le somme messe a disposizione sembrano concretizzarsi entrambi in un'obbligazione pecuniaria [6], è anche vero che tra le due fattispecie sussiste pur sempre una differenza di non poco rilievo, data dal fatto che le somme depositate "appartengono" a tutti gli effetti al cliente, mentre le somme rese disponibili "appartengono" alla banca.

Sul piano teorico non è agevole individuare le ragioni di una così profonda differenza di qualificazioni giuridiche e d'effetti: si potrebbe obbiettare, infatti, che in entrambi i casi dal punto di vista formale l'unica proprietaria delle somme (depositate o messe a disposizione) è pur sempre la banca.

Forse, però, le predette ragioni possono essere trovate, se si parte dal presupposto che nel mutuo e nei contratti affini la *traditio* continua ad avere un ruolo molto pregnante: non nel senso di rendere irrilevante la nuda promessa; ma nel senso che, senza la consegna spontanea del denaro da parte del promittente, non può venire in essere quello specifico rapporto, che denominiamo "mutuo" (o "finanziamento") e, quindi, in mancanza della *traditio* è esclusa la possibilità d'ottenere l'esborso materiale della somma, ferma restando – qualora ne ricorrano i presupposti – la responsabilità del promittente per i danni provocati dalla violazione del programma negoziale concordato con la controparte.

[6] Al riguardo è importante ricordare che, dal punto di vista economico, i depositi e gli affidamenti vengono posti sullo stesso piano, giacché entrambi concorrono a formare la massa monetaria che determina il grado di liquidità del sistema. Come si osserva nel testo, dal punto di vista giuridico, però, le cose stanno diversamente.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

In altri termini, la promessa di dare a mutuo (o d'effettuare una qualsivoglia altra prestazione creditizia) non darebbe luogo ad una pura e semplice obbligazione pecuniaria (destinata a bilanciarsi, in un futuro, con l'obbligo di restituire la somma mutuata); ma darebbe luogo all'obbligo del promittente di collaborare (con la spontanea consegna delle cose) alla costituzione di un rapporto di durata, fermo restando che, in caso d'inadempimento (stante la spontaneità della *traditio*) l'unica sanzione sarebbe costituita risarcimento del cosiddetto interesse positivo.

Conto corrente bancario e conto corrente ordinario

9. Per intendere il "sistema" italiano dei contratti bancari può essere utile, infine, richiamare l'attenzione su un'altra notazione di carattere "topografico": e, cioè, sul rilievo che i predetti contratti sono disciplinati in un capo (il XVII) immediatamente successivo a quello (il XVI) dedicato al conto corrente.

Anche questa collocazione non è casuale, perché dimostra che il legislatore aveva ben presente l'importanza che il predetto istituto riveste nel campo dei rapporti bancari. Tale rilievo, tuttavia, non deve ingannare, perché i redattori del codice, pur prendendo atto di una sostanziale affinità di funzioni tra il conto corrente ordinario ed il conto corrente bancario (entrambi servono ad estinguere i reciproci rapporti di credito e debito con moneta scritturale), hanno tenuto a distinguerne la disciplina, con una norma di rinvio (l'art. 1857) che, richiamando solo tre articoli del capo precedente (gli art. 1826, 1829 e 1832), implicitamente esclude la possibilità d'applicare tutti gli altri.

Il distacco del conto corrente bancario dal ceppo del conto corrente ordinario è stata una scelta consapevole del legislatore, in quanto si lega ad un preciso orientamento dottrinale, maturato a cavallo tra il diciannovesimo ed il ventesimo secolo e legato, soprattutto, al nome di GUSTAVO BONELLI (ma ripreso, poi, da altri illustri giuristi).

Con il predetto distacco si perseguivano due obiettivi: per un verso, sciogliere il conto corrente bancario dall'ingombrante bardatura della disciplina del conto corrente ordinario; per altro verso, far prevalere la componente creditizia del rapporto su quella normativa. Al fine di rendere più chiara questa seconda affermazione, si potrebbe dire – con un'espressione un po' forte, ma abbastanza vicina alla realtà – che in Italia non esiste un contratto di conto cor-

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

rente bancario puro e semplice, ma esistono dei rapporti finanziari (un'apertura di credito, un'anticipazione bancaria o un deposito) "regolati" in conto corrente.

Questa scelta – che diverge da quelle di altri ordinamenti europei – all'inizio ha portato dei vantaggi, giacché ha dato rilevanza ai saldi provvisori del conto, senza dover attendere la formazione del saldo finale, con la conseguenza che in Italia non si è mai dubitato del fatto che i creditori del correntista possano pignorare le somme dallo stesso depositate in conto corrente, con effetti immediati, senza dover attendere la chiusura del rapporto (un risultato analogo, anche se non proprio identico, avrebbe potuto essere conseguito, tuttavia, anche applicando l'art. 1830, dettato dal codice civile per il rapporto di conto corrente ordinario).

Per altro verso, però, la soluzione "italiana" presenta dei profili problematici, perché ha assecondato l'orientamento giurisprudenziale favorevole all'applicazione della revocatoria fallimentare delle singole rimesse (considerate come atti estintivi del debito del cliente nei confronti della banca) ed ha reso irrilevanti le chiusure periodiche dei conti (prima semestrali e poi trimestrali) sulla quale si basava la capitalizzazione periodica degli interessi, senza incappare nel divieto dell'anatocismo (art. 1283, c.c.).

A prescindere dai predetti problemi – la revocatoria fallimentare delle rimesse ed il divieto d'anatocismo, che in Italia hanno portato ad accesi dibattiti solo parzialmente risolti da una serie d'interventi legislativi – i rapporti tra il conto corrente ordinario ed il conto corrente bancario debbono essere, in ogni caso, appositamente disciplinati: sia perché nel Codice europeo dei contratti non sarà possibile operare con la tecnica del rinvio da una disciplina all'altra (come fa, invece, l'art. 1857, c.c.); sia perché in Italia non è chiaro quali siano gli effetti dei saldi periodici del conto corrente bancario (v. la questione dell'anatocismo); sia, infine, perché non è chiaro quali siano gli effetti dell'inclusione nel conto di determinate pretese della banca nei confronti del cliente (si ritiene, ad esempio, che l'azienda di credito, se fa passare sul conto l'ultima rata di un mutuo assistito da ipoteca, non potrà più avvalersi della garanzia, a differenza di quanto accade nel conto corrente ordinario, e ciò perché l'art. 1828, c.c. – che pone le predette garanzie al servizio del saldo – non è tra le norme richiamate dall'art. 1857 c.c. e, quindi, sembrerebbe inapplicabile ai rapporti bancari).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Due problemi specifici: la disciplina delle garanzie e la disciplina dello sconto

10. Una volta chiarito che le norme contenute nel capo diciassettesimo del libro quarto nel codice civile italiano, sono frutto di una precisa concezione dell'impresa bancaria e, comunque, presuppongono – perché le si possa comprendere a pieno – la consapevolezza di una serie di scelte compiute dal legislatore in altri "luoghi" del codice, sarebbe necessario esporre, sia pure in maniera estremamente sintetica e per grandi approssimazioni, quali sono i problemi posti dalla disciplina dei singoli contratti.

E' evidente, tuttavia, che un compito così arduo non può essere assolto in questa sede: qui mi limiterò ad indicare un paio di questioni, sulle quali, a mio avviso, potrebbe essere opportuno intervenire.

A) Innanzi tutto, condivido pienamente l'idea d'integrare la disciplina dei contratti bancari con una regolamentazione delle garanzie reali e personali. Quest'ultima, infatti, in Italia appare molto arretrata, soprattutto per quanto concerne la fideiussione a prima richiesta ed il pegno di complessi unitari di beni. Mi chiedo poi se, tra le garanzie improprie, non valga la pena di ricordare anche il mandato irrevocabile all'incasso, per stabilire in quali ipotesi possa eventualmente produrre effetti reali.

B) In secondo luogo, le norme sullo sconto meriterebbero un'integrazione: sia per tenere conto del cosiddetto sconto di ricevute e di fatture (che è privo di effetti traslativi, salvo a riconnetterli al sottostante mandato all'incasso); sia per chiarire che la banca ha il diritto di recedere dal contratto, non solo quando il credito non è andato a buon fine, nel senso rigoroso del termine (e cioè quando la cambiale è stata protestata o il debitore è fallito), ma anche quando l'effetto scontato – presentato all'azienda di credito come "bancabile" – si rivela non esser tale (perché si scopre che si tratta di una cambiale di favore; perché la piazza, sulla quale il titolo deve essere accettato o pagato, non è più agibile; perché un girante, sulla cui solvibilità la banca ha fatto affidamento, è diventato o si è scoperto essere insolvente; perché sono venute a mancare le garanzie richieste, e via dicendo).

Conclusioni

11. Come si vede, se si vuole adeguare il materiale normativo

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

offerto dal codice civile italiano all'odierna realtà dei rapporti bancari, occorre compiere un rilevante sforzo di rielaborazione, non solo sul piano della disciplina dei singoli contratti, ma, prima ancora, sul piano più generale della sistemazione della materia.

Volendo azzardare un'ipotesi, anche se non tocca certo a me dare dei suggerimenti su un argomento così delicato e complesso, si potrebbe pensare di suddividere l'articolato in cinque sezioni:

1) la prima, di carattere generale, nella quale collocare le norme sugli obblighi di trasparenza e correttezza, che incombono sulle parti; ma anche le norme sulla natura della prestazione creditizia, sul ruolo della consegna delle somme promesse in prestito, sul computo degli interessi e delle provvigioni, sulla disciplina del conto corrente e delle convenzioni quadro tra cliente e banca;

2) una seconda dedicata all'intermediazione nei pagamenti, con particolare riferimento al giroconto, al mandato all'incasso, alle carte di credito e di debito, e via dicendo;

3) una terza dedicata ai contratti di credito (come il muto, lo sconto, l'apertura di credito, l'anticipazione bancaria, l'emissione di titoli obbligazionari, di certificati di deposito, *etc.*) e le relative garanzie;

4) una quarta dedicata all'intermediazione di prodotti e strumenti finanziari;

5) una quinta dedicata ai servizi accessori, tra i quali si dovrebbero collocare i depositi dei titoli in amministrazione e le fideiussioni emesse dalla banca (oltre al servizio di cassette forti, ove si ritenga opportuno disciplinarlo).

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. KALVIN TORGANS
Senator of the Supreme Court of the Republic of Latvia
Professor of Law at the University of Latvia

FREEDOM OF CONTRACT AND FRAMEWORK FOR BANKING CONTRACTS IN LATVIA AND OTHER COUNTRIES

Besides the Central Bank in Latvia there is a large number of commercial banks. Many of them are the subsidiaries of international financial holding companies. After accession to the European Union banks apply up-to-date banking methods and ensure the free movement of capital, by successfully providing services to the legal entities, crediting and otherwise serving individuals. Banks perform not only actions that can historically be recognized as core-banking, but also provide modern services such as release of securities, issuance of payment cards, establishment and operation of investment funds, combining deposit with life insurance, trust, leasing and factoring services. The banks carry out their services in accordance with standards established in the European Union meanwhile complying also with Latvian laws.

As to the Latvian laws, first of all the Credit Institutions Law (adopted in 1995, and amended in 2004, 2005, and 2007)[1] and Civil Law (hereinafter - CL)[2] should be mentioned. The Credit Institutions Law basically provides for the framework for setting up the banks, branches and representative offices of credit institutions, electronic money institutions, their corporate matters, supervision and liquidation. The law does not contain a single provision on contracts with the clients. Only Article 1 encompassing all definitions used in the law provides for the definition of credit and deposit. Therefore the contractual relationships between credit institutions and their clients are regulated by the Civil Law, which

[1] http://www.likumi.lv/doc.php?id=37426&mode=KDOC
[2] The Civil Law of Latvia. Translation and Terminology Centre, 2001.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

was adopted in 1937 and restored after Latvia regained independence in 1991. The matters of bills and cheques are regulated separately by the Bills Law and the Cheques Law, both adopted on 1938.

In comparison with Italian Civil Code, Latvian CL does not contain a special section on banking contracts and articles on the types of contracts, such as current account, depositing of money, crediting, use of safe deposit boxes, discount contracts. However these kinds of contracts are well known in Latvia and used in practice, although this is not exclusively the field of bank activities. Just to compare – there is a comparatively extensive chapter in Lithuanian Civil Code on bank account agreement (Chapter XLVI), settlements of accounts (Chapter XLVII), crediting (Section II of the Chapter XLIII on Loan). In German Civil Code (BGB) contact of current account and contract on payments and transfers via account are regulated as contract for the management of the affairs of others. The Russian Civil Code contains a separate chapter on contract of bank account (Chapter 45) and contract of bank deposit (Chapter 44), however the contract of bank crediting is regulated as a special kind of loan (Paragraph 2 of Chapter 42). The term „credit institutions" is commonly used in the European Union Directives whereas national laws commonly use the term „bank".

In indicates that in this area which is of great importance in civil relationships there exists a wide diversity. The initial position for unification can be characterised by different understandings of the concepts. It has three explanations.

The first explanation is that the principle of freedom of contracts allows to create new types of contracts and to adopt innovations from international practice.

The second is that a lot of so called banking contracts and securities connected with them are scattered in the different chapters of the CL, for example, loan, authorisation, or rent. Personal guaranty is regulated in chapter „Reinforcement of Obligations Rights" together with earnest money, and contractual penalty, but the rights of pledge (mortgage) are regulated in the chapter on property law. A discussion whether a safe deposit box is a specific object of either contract of rent or of deposit should stay opened.

Thirdly, these contractual relationships are influenced by number of administrative and financial limitations set by laws, for example, the limitations as to the attraction of deposits from natural

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

persons, or as regards the companies who can attract deposits, as well as increased requirements in relation to initial share capital. In the first years after regaining de facto independence, Latvia got into a number of financial turbulences since each and every limited liability company or joint stock company could attract deposits. It led to the creation of financial pyramids that promised high interest rates, which in turn led to crash of these pyramids and loss of deposits of clients. Now there are restrictions and special rules on companies entitled to perform certain financial, credit or payment operations. They are contained in the Credit Institutions Law, Credit Unions law, Financial and Capital Market Commission law, Consumer Rights Protection law, Deposit Guarantee Law. These limitations have not been an obstacle for banks to develop a variety of accounts, credits and deposits. However one should not rush to characterise as new these agreements that from already existing and recognized agreements with only couple of particularities.

The banks, except for the central bank, have three main functions: 1) attraction of deposits and other repayable funds, 2) crediting, 3) performance of cash and non-cash payments. For all these functions client or clients commonly must open an account, and all operations will be based on one or several agreements.

To define an agreement of deposit the core notion be taken from the definition of deposit in the Credit Institutions law. However, it must be emphasized, that in Latvian in these agreements the term "bailment" (*"glabājums" in Latvian*), which is used in CL, is not used. Rather the term "monetary deposit" (*"naudas noguldījums" in Latvian*) is used, which implies that the holding or placing of it for a specific purpose, depositing (in bank), not emphasizing the bailment as the actions for keeping it safe. The Credit Institutions law uses term "keeping of monetary funds"[3], not "taking care" or "safekeeping".

We shall return to the nature of deposit agreement after examining the nature of account agreement. Nowadays banks offer a variety of accounts and the operations that can be performed through them. Same as anywhere in the world, banks in Latvia offer: 1) current account (day to day account with overdraft facilities or without them) 2) basic account (helping manage clients

[3] Financial Institution Law, Article 1(6) "deposit – keeping of monetary funds in an account of a bank for a specific or an unlimited period, with or without interest".

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

own money), 3) saving accounts, 4) account for management of investment portfolio. The account agreement provides the possibility to deposit money for saving and security purposes. Modern technologies allow clients to work with an account without direct interaction with a bank officer – via internet or telephone.

Latvian CL, as previously mentioned, does not contain the definition or other provisions on the agreement that the bank enters into with the client and which commonly is called bank account or account management agreement. Paragraph 676(f) of BGB provides such a definition. Its first part sufficiently sets the essence which could be taken as the basis. Whether the second part of this paragraph should not be preserved is rather questionable.

Paragraph 676(f) is as follows: with account management agreement the credit institution undertakes to open account for the client and to credit and debit it and from it in accordance with agreements on money transfers.

This agreement is the basis for other payment operations to be performed through an account, as defined in paragraph 676(d). Nevertheless these payment operations are related only to interbank (bank to bank) transfers. The system of two agreements does not seem necessary. Performance of payment operations can be included in the same account agreement.

One could evaluate whether there should be a formulation showing that bank itself performs particular actions or creates an option for the client himself to do it via internet.

However to define an agreement and to set its position in the system of draft European Contract Code is not an easy task due to several circumstances. As mentioned above, in Italian laws this agreement is included in the group of bank agreements, i.e. as a specific agreement only for the banks.

Latvian courts have adjudicated disputes on its nature, whereupon the bank opens the account for a client for depositing, "bailment" and performance of payments. The Senate of Supreme Court ruled that it encompasses elements from a number of agreements, including authorisation, as bank is responsible to protect the monetary instruments from third parties, however the precise nature of this agreement was not clarified[4].

[4] The Judgements and Decisions of the Supreme Court of the Republic of Latvia as of 1996. Riga, 1997, p.386

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

On the other hand, for example, in German laws this agreement is placed in subsection Agreement on the management of the affairs of others together with assignment. This subsection contains separate paragraphs on transfer of money (paragraph 676(a)) and agreement on payments (paragraph 676(d)). The bank agreements are not found to be a separate group of agreements.

Therefore the first issue is on the name of agreement itself so that it would show the essence and circumstances why it has been recognized as distinct type of agreement. Possible options are to call it a "bank account agreement" or a "current account agreement" or simply a "account agreement", or finally, as it is done by number of Latvian banks – a "account management agreement".

In a number of European Union states accounts can be opened and operated not only by banks, but also by some other companies, for example, credit unions. The leading term used in the Directives and the laws of the member states is "credit institutions". In Latvia credit institutions are banks, electronic money institutions, branches and representative offices of foreign and domestic credit institutions (Article 1 of Credit Institutions law). Credit union is not recognised to be a credit institution; however it is not simple commercial entity, as it is entitled to accept deposits from union's members and grant credits. Its activities are regulated by the Credit Unions Law (adopted in 2001, as amended in 2007).

Consequently it would be wrong to call the agreement „bank account contract", and yet it would be acceptable to call it „credit institution account contract". A credit institution as the contracting party of an agreement that complies with special requirements should be the reason why this relationship must be regulated separately from those in which, for example, shops are taking part.

The fact that shops or other companies accept certain prepayments ("deposits") from the client or issue the client a shopping card with a credit differs from systematic and specifically supervised actions and possible threats of insolvency of credit institutions.

Additional concerns are caused by the word "current", as in Latvian literature on economy such expression is found to be an archaism. As previously mentioned, the names of accounts are different. Probably it can be continued to be called a current account as it is a widely recognized term, and reference to simple "account" seems to be too short.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

The term "account" has a several meanings and term "account contract" does not provide the necessary clarity to which meaning precisely we are referring to. Therefore possibly one could choose the term "account management agreement" which would include the opening, but would show that the opening of the account is not the main thing and that the client is more interested in the assistance in the financial operations. The parties would be the credit institution and the client.

The second issue has rather theoretical implication. There have been lots of discussions on what are the clients and the credit institutions rights to money. The client not always pays the cash into account and client can get money even from the third party, for example, salary. Such questions are connected with the understanding of money and it shall not be discussed more in detail. It is important to clarify whether the client transfers the title to the money to the bank or other credit institution and if in such case the bank becomes the owner of this money same as in loan agreement. In contrast with loan agreement the client retains the possibility to use the resources on his account by himself.

The position could be supported by saying that the bank obtains title to the funds in the accounts, meanwhile the client would retain a personal claim towards credit institution.

Third question is whether the definition should indicate that the credit institution has an obligation to write of and cash in money. Cashing in money, as well as its transfer to different account to other person can be conducted without any actions by the bank officers, but by the holder of the account (via internet). That of course does not mean that the bank does not invest any work and resources in maintenance of bank accounts in functional mode. As to the cashing in, it should be noted that banks themselves cannot cash in, but only can create the possibility for other persons to cash in the money. Therewith the essence of the agreement is sufficiently characterised by the formulation contained in Article 1852 of Italian Civil Code - „the customer can dispose at any time", which however is provided only for two kinds of account funds – deposit and credit. Possibly the word deposit can be interpreted widely, as every kind of money cashing in, however the definition of the "deposit" in Article 1834 of Italian Civil Code does not allow to call as deposit either cashing in of the salary done by employer, or payments for production done by the purchaser.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

The definition of an account agreement could consist of following three parts:

1. By an account contract the credit institution undertakes to open for a client an account and to accept and enter the money into this account, follow the client's instructions concerning the transfer and payment of certain amounts from the account and other monetary operations.

2. The credit institution may dispose of the funds in the client's account provided that it secures the client's right to freely dispose of such funds.

3. The credit institution shall have no right to determine and control the use of the money by the client or impose any limitations on the client's right to dispose of the funds in the account, except as provided in law or contract.

Parts 1-3 of the Article sufficiently precisely characterise the rights and obligations of credit institution and a client, leaving open the academic discussion on the nature of the agreement, possible connection with *depositum irregulare*, money as *a chose in action*, double disposition etc[5].

The clarity of the term is very important, however it will be of minor importance if the rights and obligations of the parties connected with an account shall not be regulated. Therefore other provisions should cover following questions:

- a credit institution has no rights to refuse to enter into account agreement except if otherwise provided by law;
- the orders of the client to the bank must be provided in writing as well as by using electronic means of communication or telephone, using electronic signature, respective codes, passwords or other means which would verify that the particular order has been given by the authorised person;
- the client can issue a written order to the bank requesting the transfer of resourses on the account upon request of a third party indicated by the client;
- the writing off from the account without an accept of the client is permitted only in cases provided by law;
- the order issued to the bank to cash in money must be performed not latter than in the next business day after the receipt of payment documents, unless otherwise provided in the agreement;

[5] Laurinavičius K. The Legal Nature of Bank Deposits. Rewiew of Central and East European Law 31 (2006). p. 291 – 330.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

- in cases provided in the agreement the bank performs order on money transfer even in cases the account does not have a sufficient amount of money. In such case the transferred money amount is considered to the overdraft;

- if due to a technical mistake of the credit institution there has been a wrong transfer, the credit institution must take all measures to correct the mistake and reimburse the losses incurred by the client;

- the credit institution is not responsible for losses caused by gross negligence of the client while working with or keeping identification data, codes and passwords.

Having understood the legal relationship between credit institution and client in connection with account agreement, it is easier to characterise bank deposit. It has great similarity with the previously described credit institution account. The essence of the deposit is keeping of the funds in an account, whereas the account can be with or without an expiry date. Term deposits can be terminated without any problems, in the existing competition the banks have set that by giving notice, for example, 30 days before, the deposited money can be received without any penalty. The accounts that can be supplemented are popular as well. Therefore the formal differences between deposit accounts and current accounts have almost disappeared. But the economic purposes of the contractors are different. The main aim of the client is to receive higher interest.

The definition of deposit in Article 1834 of the Italian Civil Code does not raise big objections, probably the only one is that neither salary payments, performed by employer, nor the payments of parents into the account of a child can be put under the definition of deposit. However the core issue should be repeated: is this a special kind of agreement? It seems that it would be more correct not to call the depositing of the money on higher interest otherwise than depositing it on lower interest or even without it.

Additional recommended articles on this issue should be:

- Persons who are entitled to attract monetary funds from natural persons;

- the provisions that a natural person is not entitled to request doposit before the agreed term are not valid;

- if the term deposit upon the expiry of agreed term is not requested back, the agreement is considered to be prolonged as without term;

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

- rights to deposit in favour of a third party.

In relation to a credit of a bank, the Latvian Law on Credit Institutions provides for the following description:

credit – a compensatory transaction in which a bank transfers, on the basis of a written contract, money or other things to a client in ownership and which imposes a duty for client to return the money or other thing to the bank within a specified time.

Comparing credit definition with the definition of a loan in CL, there are several differences, however there is a question whether it causes the credit agreement to be sufficiently different from loan and whether the credit agreement can be entered into only with a bank.

The Article 1934 of the CL contains following definition of a loan:

A loan agreement is a contract whereby ownership of a certain quantity of fungible property is transferred, with the duty to return the property in the same quantity and of the same kind and quality as the property received.

The essence of those two definitions does not differ. Even more, it seems that the Law on Credit Institutions should have emphasized the characteristics specific for the bank practice that often agreement is entered into without an actual transfer of the money (fungible property) what is characteristic for real agreements.

According to CL loan is real agreement. However, it is not an indispensable difference, as Article 1935 of CL provides that also a promise to grant a loan is binding. So one of the solutions would be to amend CL, providing that also a promise creates a loan agreement, and to put an article on credit into the chapter on loan agreement. In addition, the articles on following issues should be included:

- the rights of credit institutions in particular circumstances to refuse the granting of credit;
- the rights to set purpose of the credit and the consequences of breach;
- the provisions on protection of consumer rights.

Conclusion

1. The agreement entered into between the credit institution and the client on keeping of monetary funds in an account and operation with it, is considered as an independent kind of agreement encompassing also the elements of task (mandate,

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

authorisation) and loan. These agreements are regulated not only by the norms of civil law, but also by laws in the sphere of competence and operation of credit institutions.

2. There are no sufficient differences between credit institution current accounts and deposits. Therefore it would be sufficient to provide that account for holding of money for the purposes of savings is kind of credit institution account agreement, and providing a number of above mentioned specific provisions.

3. The credit agreement of credit institutions must be treated as a specific kind of loan which comparing with the classic form of the loan is not a real agreement. It should be in the chapter on loans with different modalities according to its specification including rule that it must be signed in writing.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

PROF. CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Burgos

PRENDA DE VALORES COTIZABLES

Ante todo, debo manifestar que no soy especialista en la compleja materia de los contratos bancarios. Dado que el tráfico transfronterizo es frecuente e intenso, hay dos aspectos relacionados con los servicios de caja, que deben tenerse en cuenta. Por una parte, los pagos con tarjetas y el dinero electrónico, los cuales se rigen, entre otras normas, por el código de buena conducta aprobado por la Recomendación de la Comisión 87/598/CEE, de 8 de diciembre de 1987, actualizada por la Recomendación 97/489/CE, de 30 de junio de 1997, y por la Directiva 00/46/CE, de 18 de septiembre de 2000, sobre dinero electrónico. Y por otra parte, las transferencias interbancarias, que se rigen por la Directiva 97/5/CE, de 27 de de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas, y por el Reglamento CE/2560/01, de 19 de diciembre de 2001, sobre los pagos transfronterizos en euros. A la vista del carácter técnico y armonizado de estas normas comunitarias, parece aconsejable que el Anteproyecto se limite a establecer una remisión explícita a las mismas, remisión que debería ser de las llamadas dinámicas, esto es, las que remiten a las normas actuales y futuras que en cada momento rijan la materia.

Algo semejante ocurre con las garantías que aseguran el cumplimiento de cualquier clase de contrato y, en especial, los préstamos y las anticipaciones bancarias. Sobre las garantías en general, es razonable que el Anteproyecto no se aparte de las modernas figuras que en España, al menos, no están reguladas por normas nacionales, sino que se rigen en la práctica – y son muy usuales – por las normas internacionales de la Cámara Internacional de Comercio. Se trata, por un lado, de las Reglas Uniformes sobre garantías a primer requerimiento (1991), dado que el Convenio UNCITRAL sobre garantías independientes y

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

cartas de crédito contingentes (1995) no ha entrado en vigor. Y por otro lado, de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (1951, 1983 y 1993). En ambos casos, bastaría quizá una simple remisión.

Finalmente, es de notar que el régimen del Código italiano en esta materia (arts. 1823-1860) goza de gran prestigio en la doctrina española que cultiva el Derecho mercantil. Cabe aventurar que la mayoría de nuestros mercantilistas aprobaría la redacción propuesta con muy pocos retoques. Por eso, conviene resaltar la reforma que se ha introducido en el Código de comercio español por la Ley 24/1988, de 8 de julio, del mercado de valores, que se ha desarrollado por la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores.

La reforma se refiere a la prenda irregular de valores cotizables, que son muy estimadas por las entidades bancarias, no sólo porque confieren una fuerte protección al acreedor, sino porque otorgan una facultad de realización fácil, rápida y eficaz. Los valores deben ser negociables en los mercados secundarios oficiales y pueden estar representados por el respectivo título o por simples anotaciones en cuenta, que llevan las entidades acreditadas al efecto. La garantía sirve para asegurar cualquier tipo de obligaciones y, en concreto, la devolución de los préstamos o anticipos otorgados por el banco.

Se constituye por una póliza intervenida o por escritura pública, donde se describen e identifican los valores, que se inscribe en el registro correspondiente. Esta inscripción desplaza la posesión de los valores pignorados a favor del acreedor, y a partir de ese momento no se pueden disponer por su titular, salvo pago previo de los mismos. El derecho de prenda del banco acreedor es oponible a terceros, es preferente frente a otros acreedores, tiene privilegio especial en la quiebra del deudor, y los valores son irreivindicables mientras el banco no sea reembolsado, sin perjuicio de las acciones del titular contra los responsables de la privación que ha padecido.

Llegado el vencimiento del préstamo garantizado sin estar totalmente satisfecho, el acreedor pide la ejecución de los valores en el mercado de que se trate, sin necesidad de requerimiento al deudor

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

y dentro de los tres días siguientes a la fecha del vencimiento. Esta solicitud se acompaña con un certificado de vigencia de los valores y se dirige al órgano rector del mercado, quien debe proceder a su venta el mismo día de la notificación o al día siguiente. Según la reforma, este procedimiento es aplicable también a las cuentas corrientes de crédito cuando se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora.

En definitiva, una norma como esta se podría añadir a continuación tanto del art. 1851 como del art. 1857 del Código italiano, aunque sería suficiente la remisión de uno a otro.

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

APPENDICE

CODE CIVIL ITALIEN (LIVRE IV)

TITRE III : DES CONTRATS EN PARTICULIER

Chapitre I : De la vente

Section II: De la vente de biens meubles
Par. 1: Dispositions générales

Art. 1515: «*Exécution forcée pour inexécution par l'acheteur.* Si l'acheteur ne remplit pas l'obligation de payer le prix, le vendeur peut faire vendre sans retard la chose pour le compte et aux frais de celui-ci. // La vente est faite aux enchères par une personne autorisée à de tels actes ou par un officier judiciaire, à défaut d'une telle personne, au lieu où la vente doit être exécutée. Le vendeur doit donner avis en temps utile à l'acheteur du jour, du lieu et de l'heure où la vente sera exécutée. // Si la chose a un prix courant, fixé par acte de l'autorité publique (ou par les règles corporatives), ou qui figure sur les cotes de bourse ou sur les mercuriales, la vente peut être faite sans enchères, au prix courant, par les personnes indiquées à l'alinéa précédent, ou par un commissaire nommé par le juge de paix. En pareil cas, le vendeur doit donner à l'acheteur promptement connaissance de la vente. // Le vendeur a droit à la différence entre le prix convenu et le produit net de la vente, en outre de la réparation du préjudice supérieur».

Art. 1516: «*Exécution forcée pour inexécution par le vendeur.* Si la vente a pour objet des choses fongibles qui ont un prix courant, conformément au troisième alinéa de l'article précédent, et si le vendeur ne remplit pas son obligation, l'acheteur peut faire acquérir sans retard les choses, aux frais du vendeur, par une des personnes indiquées aux second et troisième alinéas de l'articles précédent. L'acheteur doit donner au vendeur promptement connaissance de l'acquisition. // L'acheteur a droit à la différence entre le montant

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

des frais encourus pour l'acquisition et le prix convenu, en outre de la réparation du préjudice supérieur».

Par. 5: De la vente à terme de titres de créance

Art. 1531: «*Intérêts, dividendes et droit de vote*. Dans la vente à terme de titres de créance, les intérêts et les dividendes, exigibles après la conclusion du contrat et avant l'échéance du délai et qui ont été perçus par le vendeur, sont crédités à l'acheteur. // Si la vente a pour objet des actions, le droit de vote appartient au vendeur jusqu'au moment de la délivrance».

Art. 1532: «*Droit d'option*. Le droit d'option, inhérent aux titres vendus à terme, appartient à l'acheteur. // Si l'acheteur lui en fait la demande en temps utile, le vendeur doit mettre l'acheteur en mesure d'exercer le droit d'option, ou bien il doit l'exercer pour compte de l'acheteur, si celui-ci lui a fourni les fonds nécessaires. // A défaut de demande de la part de l'acheteur, le vendeur doit veiller à la vente des droits d'option pour compte de l'acheteur, à l'intervention d'un agent de change ou d'un institut de crédit».

Art. 1533: «*Retrait pour primes ou remboursements*. Si les titres vendus à terme sont sujets à retrait pour primes ou remboursements, les droits et les charges dérivant du retrait appartiennent à l'acheteur si la conclusion du contrat est antérieure au jour fixé pour le début du retrait. // Au seul effet indiqué par l'alinéa précédent, le vendeur doit communiquer par écrit à l'acheteur une liste des numéros des titres, au moins un jour avant le début du retrait. // A défaut d'une telle communication, l'acheteur a la faculté d'acquérir, aux frais du vendeur, les droits afférents à une quantité correspondante des titres, en en donnant communication au vendeur avant le début du retrait».

Art. 1534: «*Versements requis sur titres*. L'acheteur doit fournir au vendeur, au moins deux jours avant l'échéance, les sommes nécessaires pour effectuer les versements requis sur les titres non libérés».

Art. 1535: «*Prorogation des contrats à terme*. Si, à l'échéance du terme, les parties conviennent de proroger l'exécution du contrat, la différence entre le prix originaire et le prix courant au jour de l'échéance est due, sous réserve de l'observation des usages contraires».

Art. 1536: «*Inexécution*. En cas d'inexécution de la vente à terme de titres, les règles des articles 1515 et 1516 sont observées,

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

sous réserve, pour les contrats de bourse, de l'application des lois spéciales».

Chapitre II: Du report

Art. 1548: «*Définition*. Le report est le contrat par lequel le reporté transfère en propriété au reporteur des titres de crédit d'une espèce donnée pour un prix déterminé, et le reporteur prend l'engagement de transférer au reporté, à l'échéance du terme fixé, la propriété d'autant de titres de la même espèce, contre remboursement du prix, qui peut être augmenté ou diminué dans la mesure convenue».

Art. 1549: «*Perfection du contrat*. Le contrat est parfait par la délivrance des titres ».

Art. 1550: «*Droits accessoires et obligations inhérents aux titres*. Les droits accessoires et les obligations ingérents aux titres donnés en report appartiennent au reporté. Les dispositions des articles 1531, 1532, 1533 et 1534 sont applicables. // Sauf convention contraire, le droit de vote appartient au reporteur».

Art. 1551: «*Inexécution*. En cas d'inexécution de la part de l'une des parties, les dispositions des articles 1515 et 1516 doivent être observées, sous réserve de l'application des lois spéciales pour les contrats de bourse. // Si les deux parties ne remplissent pas leurs obligations dans le délai fixé, le report cesse ses effets et chaque partie retient ce qu'elle a reçu au moment de la conclusion du contrat».

Chapitre XV: Du prêt de consommation

Art. 1813: «*Définition*. Le prêt de consommation est le contrat par lequel une des parties remet à l'autre une quantité déterminée d'argent ou d'autres choses fongibles, à la charge pour l'autre partie, de lui en rendre autant de même espèce et qualité».

Art. 1814: «*Transfert de la propriété*. Les choses prêtées deviennent la propriété de l'emprunteur».

Art. 1815: «*Intérêts*. Sauf volonté contraire des parties, l'emprunteur est tenu de payer des intérêts au prêteur. Il y a lieu pour la détermination des intérêts d'observer les dispositions de l'article 1284. // Si des intérêts usuraires ont été convenus, la clause est nulle et les intérêts ne sont dus que dans la mesure légale».

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Art. 1816: «*Terme pour la restitution fixé par l'une des parties*. Le terme pour la restitution est présumé être stipulé en faveur des deux parties et, si le prêt est à titre gratuit, en faveur de l'emprunteur».

Art. 1817: «*Terme pour la restitution fixé par le juge*. S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, celui-ci est établi par le juge, eu égard aux circonstances. // S'il a été convenu que l'emprunteur payera seulement quand il le pourra, le terme pour le paiement est également fixé par le juge».

Art. 1818: «*Impossibilité et difficulté considérable de restitution*. Si d'autres choses que de l'argent ont été données en prêt et que la restitution est devenue impossible ou présente des difficultés considérables pour des causes non imputables au débiteur, celui-ci est tenu d'en payer la valeur, eu égard au temps et au lieu où la restitution devait être exécutée».

Art. 1819: «*Restitution par fractions*. Si la restitution par fractions échelonnées des choses empruntées a été convenue et que l'emprunteur n'exécute pas l'obligation du paiement, encore que d'une seule fraction, le prêteur peut réclamer, selon les circonstances, l'immédiate restitution de la totalité».

Art. 1820: «*Défaut de paiement des intérêts*. Si l'emprunteur n'exécute pas l'obligation de payer les intérêts, le prêteur peut demander la résiliation du contrat».

Art. 1821: «*Dommages à l'emprunteur pour défauts à la chose*. Le prêteur répond du dommage causé à l'emprunteur pour les vices de la chose prêtée, s'il ne prouve pas les avoir ignorés sans faute de sa part. // Si le prêt est gratuit, le prêteur n'est responsable que dans le cas où, ayant connaissance des défauts, il n'en a pas averti l'emprunteur».

Art. 1822: «*Promesse de prêt*. Celui qui a promis de donner en prêt peut refuser l'exécution de son obligation, si les conditions patrimoniales de l'autre contractant sont devenues telles qu'elles rendent la restitution notoirement difficile et que des sûretés suffisantes ne lui sont pas offertes».

Chapitre XVI : Du compte-courant

Art. 1823: «*Définition*. Le compte-courant est le contrat par lequel les parties s'engagent à inscrire dans un compte les créances résultant de leurs remises réciproques, en les considérant inexigibles et indisponibles jusqu'à la clôture du compte. // Le solde du compte est exigible à l'échéance fixée. Si le paiement n'en est pas

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

réclamé, le solde est considéré comme la première remise au nouveau compte et le contrat est réputé renouvelé pour un temps indéterminé».

Art. 1824: «*Créances exclues du compte-courant*. Sont exclues du compte-courant, les créances non susceptibles de compensation. // Lorsque le contrat intervient entre chefs d'entreprise, les créances étrangères aux entreprises respectives sont réputées exclues du compte».

Art. 1825: «*Intérêts*. Les intérêts courent sur les remises dans la mesure établie par le contrat ou par les usages ou bien, à défaut, dans la mesure légale».

Art. 1826: «*Dépenses et droits de commission*. L'existence du compte-courant n'exclut pas les droits de commission et de remboursement des frais pour les opérations donnant lieu à la remise. De tels droits sont inclus dans le compte, sauf convention contraire».

Art. 1827: «*Effets de l'inclusion dans le compte*. L'inclusion d'une créance dans le compte-courant n'exclut pas l'exercice des actions et exceptions relatives à l'acte dont la créance résulte. // Si l'acte est déclaré nul, annulé, rescindé ou résilié, la partie y relative est éliminée du compte».

Art. 1828: «*Efficacité de la garantie des créances inscrites*. Si la créance inscrite dans le compte est assortie d'une garantie réelle ou personnelle, le remettant à le droit de se prévaloir de la garantie pour le solde existant en sa faveur à la clôture du compte, jusqu'à concurrence de la créance garantie. // La même disposition est applicable s'il existe un co-obligé solidaire pour la créance».

Art. 1829: «*Créances envers les tiers*. Sauf volonté contraire des parties, l'inclusion dans le compte d'une créance envers un tiers est présumée faite avec la clause 'sauf encaissement'. En pareil cas, si la créance n'est pas satisfaite, le récepteur a le choix d'agir pour le recouvrement ou pour éliminer la partie du compte, tout en réintégrant dans ses droits celui qui lui a fait la remise. Il peut également éliminer la partie due compte après avoir vainement exercé l'action contre le débiteur».

Art. 1830: «*Séquestre ou saisie du solde*. Si le créancier d'un titulaire de compte-courant a mis sous séquestre ou saisi le solde éventuel du compte revenant à son débiteur, l'autre titulaire ne peut, par une nouvelle remise, porter préjudice aux droits du créancier. Ne sont pas considérées comme nouvelles remises, celles faites en vertu de droits nés avant le séquestre ou la saisie. // Le titulaire du

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

compte-courant où a été effectué le séquestre ou la saisie, doit en donner avis à l'autre titulaire. Chacun d'eux peut se délier du contrat».

Art. 1831: «*Clôture du compte*. La clôture du compte, avec la liquidation du solde, est faite à l'échéance fixée par le contrat ou par les usages et, à défaut, au terme de chaque semestre, à compter à partir de la date du contrat».

Art. 1832: «*Approbation du compte*. L'extrait de compte, transmis par un titulaire de compte-courant à l'autre, est réputé être approuvé, s'il n'est pas contesté dans le délai convenu ou usuel, ou autrement dans un délai qui pourrait être considéré comme convenable suivant les circonstances. // L'approbation du compte n'exclut pas le droit de le contester pour erreurs d'écriture ou de calcul, pour omissions ou doubles emplois. La contestation doit, sous peine de déchéance, être introduite dans les six mois de la réception de l'extrait de compte relatif à la liquidation de clôture ; celui-ci doit être expédié par envoi recommandé».

Art. 1833: «*Retrait du contrat*. Si le contrat a été conclu sans détermination de durée, chacune des parties peut se délier du contrat à chaque clôture du compte, en en donnant préavis au moins dix jours auparavant. // En cas d'interdiction, d'inhabilitation, d'insolvabilité ou de décès de l'une des parties, chacune d'elles ou les héritiers de celles-ci ont le droit de se délier du contrat. // La dissolution du contrat empêche l'inclusion de nouvelles parties dans le compte, mais le paiement du solde ne peut être exigé qu'à l'échéance de la période fixée par l'article 1831».

Chapitre XVII

Section I : Des contrats bancaires

Art. 1834: «*Dépôts d'argent*. Par l'effet du dépôt d'une somme d'argent dans une banque, celle-ci en acquiert la propriété et est tenue de la restituer, dans les mêmes espèces monétaires, à l'échéance du terme convenu ou à la requête du déposant, sous réserve de l'observation du délai de préavis établi par les parties ou par les usages. // Sauf convention contraire, les versements et les retraits s'effectuent au siège de la banque auprès de laquelle est institué le rapport».

Art. 1835: «*Livret du dépôt d'épargne*. Si la banque délivre un livret de dépôt d'épargne, les versements et les retraits doivent être

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

inscrits sur le livret. // Les inscriptions sur le livret, signées par l'employé de la banque apparemment en charge du service, font preuve entière dans les rapports entre la banque et le déposant. // Toute convention contraire est nulle».

Art. 1836: «*Légitimation du détenteur*. Si le livret de dépôt est payable au porteur, la banque qui, par dol ou par faute lourde exécute la prestation vis-à-vis du détenteur, est libérée même s'il n'est pas le déposant. // La même disposition s'applique dans le cas où le livret de dépôt payable au porteur a été inscrit au nom d'une personne déterminée ou est contresigné d'une autre manière. // Restent sauves les dispositions des lois spéciales».

Art. 1837: «*Livrets en faveur des mineurs*. Le mineur de dix-huit ans accomplis peut valablement effectuer des dépôts d'épargne et opérer des retraits de ceux-ci, sauf opposition de son représentant légal. // Le livret de dépôt d'épargne délivré au mineur doit être nominatif. // Restent sauves les dispositions des lois spéciales».

Art. 1838: «*Dépôts de titres dont la gestion est assumée par la banque*. La banque qui prend en dépôt des titres pour en assurer la gestion est tenue de garder les titres, d'en exiger les intérêts ou les dividendes, de vérifier les tirages pour l'attribution des primes ou le remboursement du capital, de veiller aux encaissements pour le compte du déposant et, en général, de pourvoir à la protection des droits inhérents aux titres. Les sommes encaissées doivent être portées au crédit du déposant. // Si, pour les titres déposés, il y a lieu de procéder au paiement de versements ou à l'exercice d'un droit d'option, la banque devra demander en temps utile des instructions au déposant et est tenue d'exécuter celles-ci lorsqu'elle a reçu les fonds nécessaires. A défaut d'instructions, les droits d'option doivent être vendus par un agent de change pour le compte du déposant. // La banque a droit à une rémunération dans la mesure établie par la convention ou par les usages, ainsi qu'au remboursement des dépenses nécessaires qu'elle a faites. // Est nulle, la convention par laquelle la banque refuse d'observer la diligence ordinaire dans la gestion des titres».

Section II : Du contrat bancaire de coffre-fort.

Art. 1839: «*Coffres-forts*. Par contrat de coffre-fort, la banque répond envers le titulaire de l'idonéité et de la garde des locaux et de l'intégrité du coffre, sauf cas fortuit ».

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Art. 1840: «*Ouverture du coffre*. Si le coffre est au nom de plusieurs personnes, l'ouverture en est, sauf convention contraire, consentie à chacune d'elles prises séparément. // En cas de décès du titulaire ou de l'un d'eux, la banque qui en a reçu la communication ne peut plus consentir à l'ouverture du coffre si ce n'est avec l'accord de tous les ayants droit ou selon les modalités établies par l'autorité judiciaire».

Art. 1841: «*Ouverture forcée du coffre*. Lorsque le contrat est expiré, la banque peut, après l'avoir intimé au titulaire et après écoulement de six mois à partir de la date de cette intimation, demander au juge de paix, l'autorisation d'ouvrir le coffre. L'intimation peut également être faite par lettre recommandée avec accusé de réception. // L'ouverture est effectuée avec l'assistance d'un notaire désigné à cet effet et avec les précautions que le juge de paix juge opportunes. // Le juge de paix peut prendre les dispositions nécessaires pour la conservation des objets récupérés et peut ordonner la vente d'une partie de ces objets jusqu'à concurrence de ce qui est dû à la banque pour rétribution et frais».

Section III : De l'ouverture de crédits bancaires

Art. 1842: «*Définition*. L'ouverture d'un crédit bancaire est le contrat par lequel la banque s'engage à tenir à la disposition de l'autre partie, une somme d'argent pour une période de temps déterminée ou pour un temps indéterminé».

Art. 1843: «*Utilisation du crédit*. S'il n'en a pas été convenu autrement, le crédité peut réaliser le crédit en plusieurs fois, dans les formes usuelles et peut, par des versements successifs, rembourser le montant des avances. // Sauf convention contraire, les prélèvements et les versements s'effectuent au siège de la banque auprès de laquelle est institué le rapport».

Art. 1844: «*Garantie*. S'il a été donné une garantie réelle ou personnelle, pour l'ouverture du crédit, cette garantie ne s'éteint pas avant la fin du rapport, par le seul fait que le crédité cesse d'être débiteur de la banque. // Si la garantie devient insuffisante, la banque peut exiger un supplément de garantie ou la substitution du garant. Si le crédit n'obtempère pas à la demande, la banque peut réduire le crédit proportionnellement à la diminution de valeur de la garantie ou se délier du contrat».

Art. 1845: «*Retrait du contrat*. Sauf convention contraire, la banque ne peut se délier du contrat avant l'échéance du terme, si ce

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

n'est pour un juste motif. // Le retrait suspend immédiatement l'utilisation du crédit, mais la banque doit concéder un délai d'au moins quinze jours pour la restitution des sommes utilisées et des accessoires y relatifs. // Si l'ouverture du crédit est faite sans détermination de durée ; chacune des parties peut se délier du contrat, moyennant préavis dans le délai établi par les contrats, les usages ou, à défaut, dans le délai de quinze jours».

Section IV : Des avances bancaires

Art. 1846: «*Disponibilité des choses données en gage*. Dans l'avance bancaire sur titres ou sur marchandises, la banque ne peut pas disposer des choses reçues en gage, si elle a délivré un document dans lequel ces choses sont individualisées. La convention contraire doit être prouvé par écrit».

Art. 1847: «*Assurance des marchandises*. La banque doit pourvoir, pour le compte du contractant, à l'assurance des marchandises données en gage si, par la nature, la valeur ou la situation de celles-ci, l'assurance répond aux précautions d'usage ».

Art. 1848: «*Frais de garde*. La banque, hormis la contrepartie qui lui est due, a droit au remboursement des frais encourus pour la garde des marchandises et des titres, sauf lorsqu'elle en a acquis la disposition ».

Art. 1849: «*Retrait des titres ou des marchandises*. Le contractant peut, même antérieurement à l'échéance du contrat, retirer en partie les titres ou les marchandises données en gage, après avoir remboursé proportionnellement les sommes avancées et les autres sommes revenant à la banque selon les dispositions de l'article précédent, sauf lorsque le crédit restant est insuffisamment garanti».

Art. 1850: «*Diminution de la garantie*. Si la valeur de la garantie diminue d'au moins un dixième par rapport à ce qu'elle était au moment de la conclusion du contrat, la banque peut réclamer au débiteur un supplément de garantie à fournir dans le délai usuel, avec avertissement qu'à défaut, elle procèdera à la vente des titres ou des marchandises données en gage. Si le débiteur n'obtempère pas à la requête, la banque peut procéder à la vente conformément aux alinéas 2 et 4 de l'article 2797. // La banque a le droit de se faire rembourser immédiatement du reliquat non satisfait avec le produit de la vente».

Art. 1851: «*Avance garantie par un gage irrégulier*. Si, en vue de garantir l'un ou plusieurs crédits, ont été engagés des dépôts

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

d'argent, de marchandises ou de titres qui n'ont pas été individualisés ou pour lesquels il a été accordé à la banque la faculté de disposer, celle-ci est tenue de restituer seulement la somme ou la partie des marchandises ou des titres qui excèdent le montant des crédits garantis. L'excédent est déterminé en rapport avec la valeur des marchandises ou des titres au moment de l'échéance du crédit».

Section V: Des opérations bancaires en compte-courant

Art. 1852: «*Disposition de la part du titulaire d'un compte-courant*. Lorsque le dépôt, l'ouverture de crédit, ou d'autres opérations bancaires sont réglées en compte-courant, le titulaire de celui-ci peut disposer, à n'importe quel moment, des sommes portées à son crédit, sauf l'observation des délais de préavis éventuellement convenus».

Art. 1853: «*Compensation entre les soldes de plusieurs rapports ou plusieurs comptes*. S'il existe entre la banque et le titulaire du compte-courant plusieurs rapports ou plusieurs comptes, bien qu'en monnaies différentes, les soldes actifs et passifs se compensent réciproquement, sauf convention contraire».

Art. 1854: «*Compte-courant collectif*. Dans le cas où le compte a été ouvert au nom de plusieurs personnes, avec faculté pour celles-ci d'exécuter, même séparément, des opérations, les titulaires sont considérés créanciers ou débiteurs solidaires du solde du compte ».

Art. 1855: «*Opérations sans détermination de durée*. Si l'opération réglée en compte-courant est à temps indéterminé, chacune des parties peut se délier du contrat, en donnant préavis dans le délai établi par les usages ou, à défaut, dans les quinze jours».

Art. 1856: «*Exécution d'instructions*. La banque répond, conformément aux règles du mandat, de l'exécution des instructions reçues du titulaire du compte ou d'un autre client. // Si les instructions doivent être exécutées dans une place où il n'existe pas de filiale de la banque, celle-ci peut charger de l'exécution une autre banque ou un de ses correspondants».

Art. 1856: «*Dispositions applicables*. Les dispositions des articles 1826, 1829 et 1832 sont applicables aux opérations réglées en compte-courant».

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Section VI : De l'escompte bancaire

Art. 1858: «*Définition*. L'escompte est le contrat par lequel la banque, après déduction de l'intérêt, avance au client le montant d'une créance envers des tiers non encore échue, moyennant la cession, sauf bonne fin, de cette créance».

Art. 1859: «*Escompte de traites*. Si l'escompte s'effectue moyennant endossement d'une traite ou d'un chèque sur banque, la banque, outre les droits résultant du titre, a également droit, en cas de défaut de paiement, à la restitution de la somme avancée. // Restent sauves, les dispositions des lois spéciales relatives à la cession de la provision dans l'escompte de traites non acceptées ou pourvues de la clause 'non acceptables'».

Art. 1860: «*Escompte de traites documentaires*. La banque, qui a escompté des traites documentaires, a sur les marchandises le privilège du mandataire jusqu'à ce que le titre représentatif soit en sa possession».

Chapitre XXV : De la transaction

Art. 1965: «*Définition*. La transaction est le contrat par lequel les parties, en se faisant des concessions mutuelles, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. // Par les concessions réciproques, il peut être également crée, modifié ou éteint des rapports différents de ceux qui ont formé l'objet de la prétention et de la contestation des parties».

Art. 1966: «*Capacité pour transiger et disponibilité des droits*. Pour transiger, les parties doivent avoir la capacité de disposer des droits qui forment l'objet de la contestation. // La transaction est nulle si de tels droits, par leur nature ou par une disposition expresse de la loi, sont soustraits au droit de disposition des parties».

Art. 1967: «*Preuve*. La transaction doit être prouvée par écrit, conformément à la disposition du n° 12 de l'article 1350».

Art. 1968: «*Transaction concernant le faux*. La transaction intervenue dans un procès civil comportant des questions de faux ne produit aucun effet si elle n'a pas été homologuée par le tribunal, le ministère public entendu».

Art. 1969: «*Erreur de droit*. La transaction ne peut être annulée pour cause d'erreur de droit relative aux questions qui ont fait l'objet de la contestation entre les parties».

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Art. 1970: «*Lésion*. La transaction ne peut être contestée pour cause de lésion».

Art. 1971: «*Transaction sur prétentions téméraires*. Si l'une des parties avait connaissance de la témérité de sa prétention, l'autre peut demander l'annulation de la transaction».

Art. 1972: «*Transaction sur titre nul*. Est nulle, la transaction relative à un contrat illicite, même si les parties ont expressément traité sur la nullité. // Dans les autres cas où la transaction a été faite relativement à un titre nul, l'annulation de celui-ci peut être demandé seulement par la partie qui ignorait la cause de nullité du titre».

Art. 1973: «*Annulabilité pour faux de documents*. Est annulable, la transaction faite, en tout ou en partie, sur la base de pièces qui ont été depuis reconnues fausses».

Art. 1974: «*Annulabilité pour chose jugée*. Est également annulable la transaction faite sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient pas connaissance».

Art. 1975: «*Annulabilité pour découverte de documents*. Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, cette transaction ne peut être attaquée pour le fait que l'une des parties vienne à découvrir postérieurement des pièces qui lui étaient inconnues au moment de la transaction, à moins que ces pièces n'aient été retenues par le fait de l'autre partie. // La transaction est annulable lorsqu'elle n'a trait qu'à une affaire déterminée et qu'il est constaté, par des documents nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit».

Art. 1976: «*Résiliation de la transaction pour non-exécution*. La résiliation de la transaction pour non-exécution ne peut être demandée si le rapport préexistant s'est éteint par novation, sauf lorsque le droit à la résiliation a été stipulé expressément».

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

MEMBRI
DELL'ACCADEMIA DEI GIUSPRIVATISTI EUROPEI

† Prof. Bernardo ALBANESE	- Professore emerito dell'Università di Palermo
Prof. Dr.hon.c. Guido ALPA	- Professore dell'Università «La Sapienza», Roma
† Prof. Atilio Aníbal ALTERINI	- Professore dell'Università di Buenos Aires
Prof. Dr.hon.c. Francisco dos Santos AMARAL NETO	- Professore dell'Università Federale di Rio de Janeiro
Prof. Carlo ANGELICI	- Professore dell'Università «La Sapienza», Roma
Prof. Dr.hon.c. mult. Hans ANKUM	- Professore emerito dell'Università di Amsterdam
† Prof. Dr.hon.c. João de Matos ANTUNES VARELA	- Professore emerito dell'Università di Coimbra - già Ministro della Giustizia, Portogallo
Prof. Riccardo ASTOLFI	- Professore dell'Università di Padova
† Prof. Jean-Luc AUBERT	- Decano emerito dell'Università di Tours - Consigliere onorario della Corte di Cassazione francese
† Prof. Tito BALLARINO	- Professore emerito dell'Università di Padova
Prof. Dr.hon.c. Jürgen BASEDOW	- Direttore del Max-Planck-Institut, Amburgo
The Hon. Sir Jack BEATSON	- Judge of the High Court, Londra - già Professore dell'Università di Cambridge
Prof. Prof. hon. C. Massimo BIANCA	- Professore emerito dell'Università «La Sapienza», Roma

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

† Prof. Peter BIRKS	- Regius Professor dell'Università di Oxford
Prof. Xavier BLANC-JOUVAN	- Professore emerito dell'Università «Panthéon-Sorbonne», Parigi
Prof. Uwe BLAUROCK	- Professore dell'Università di Friburgo i. Br.
Prof. Juan E. BLENGIO	- Professore dell'Università della Repubblica (UDELAR), Montevideo
Prof. Giovanni BONILINI	- Professore dell'Università di Parma
Prof. Thierry BONNEAU	- Professore dell'Università «Panthéon-Assas», Parigi
† Prof. Dr. hon.c. Friedrich Wilhelm BOSCH	- Professore emerito dell'Università di Bonn
† Prof. Louis BOYER	- Professore emerito dell'Università di Tolosa
† Prof. Dr.hon.c. Antonio BRANCACCIO	- Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione italiana - Ministro del Governo italiano
† Prof. Dr.hon.c. Roberto Horacio BREBBIA	- Professore emerito dell'Università di Rosario
Lord Nicolas BROWNE-WILKINSON	- Former Presiding Judge in the House of Lords, Londra
Prof. Rémy CABRILLAC	- Professore dell'Università di Montpellier I
Prof. Dr.hon.c. mult. Claus-Wilhelm CANARIS	- Professore emerito dell'Università di Monaco di Baviera
Prof. Guy CANIVET	- Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione francese - Professore dell'Università «René Descartes», Parigi
Prof. Michele CANTILLO	- Primo Presidente onorario della Corte di Cassazione italiana
Prof. Giovanni CANZIO	- Primo Presidente della Corte di Cassazione italiana
Prof. Francesco CAPRIGLIONE	- Professore dell'Università «Giglielmo Marconi», Roma

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

† Prof. Dr.hon.c. mult. Jean CARBONNIER	- Professore emerito dell'Università «Panthéon-Assas», Parigi
Prof. Prof. hon. Carlos CÁRDENAS QUIRÓS	- Professore dell'Università di Lima
Prof. Francesco Paolo CASAVOLA	- Professore emerito dell'Università «Federico II», Napoli - Presidente emerito della Corte Costituzionale italiana
Prof. Antonino CATAUDELLA	- Professore emerito dell'Università «La Sapienza», Roma
Prof. Tankut CENTEL	- Professore dell'Università di Istanbul
† Prof. François CHABAS	- Professore emerito dell'Università «Val de Marne», Parigi
Prof. Giorgio CIAN	- Professore emerito dell'Università di Padova
Prof. Dr. Dr. Miguel Angel CIURO CALDANI	- Professore dell'Università di Rosario
Prof. Florin CIUTACU	- Professore dell'Università «D. Cantemir» e dell'Università «Ecologique», Bucarest
Prof. Luis Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ	- Professore dell'Università di Siviglia
Prof. Giovanni CORDINI	- Professore dell'Università di Pavia
Prof. Maria COSTANZA	- Professore dell'Università di Pavia
Prof. Renzo COSTI	- Professore emerito dell'Università di Bologna
Prof. Gastone COTTINO	- Professore emerito dell'Università di Torino
† Prof. Dr.hon.c. Giuliano CRIFO'	- Professore dell'Università «La Sapienza», Roma
† Prof. Georges DASKAROLIS	- Professore emerito dell'Università «Demòkritos», Tracia
† Prof. Ruy Manuel Corte-Real DE ALBUQUERQUE	- Professore emerito dell'Università di Lisbona
Prof. Charles DEBATTISTA	- Professore dell'Università di Southampton
Prof. Carlos DE CORES HELGUERA	- Professore dell'Università Cattolica dell'Uruguay, Montevideo

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Prof. José Maria DE LA CUESTA SÁENZ	- Professore dell'Università di Burgos
Prof. Javier DELGADO BARRIO	- Presidente emerito del Tribunale Supremo spagnolo
† Prof. Dr.hon.c. José Luis DE LOS MOZOS	- Professore emerito dell'Università di Valladolid - Giudice Costituzionale emerito di Spagna
† Prof. Francesco DE MARTINO	- Professore emerito dell'Università «Federico II», Napoli
Prof. José DE OLIVEIRA ASCENSÃO	- Professore dell'Università di Lisbona
† Prof. Francesco M. DE ROBERTIS	- Professore emerito dell'Università di Bari
Prof. Francesco DE SANCTIS	- Professore dell'Università «Suor Orsola Benincasa», Napoli
Prof. Dr.hon.c. Anna DE VITA	- Professore dell'Università di Firenze
† Prof. Luis DÍEZ-PICAZO PONZE DE LEÓN	- Professore emerito dell'Università «Autónoma», Madrid
Prof. Adolfo DI MAJO	- Professore dell'Università di «Roma-3»
Prof. Aldo Angelo DOLMETTA	- Professore dell'Università «Cattolica», Milano
† Prof. Dr.hon.c. Pierre DRAI	- Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione francese
Prof. Bill W. DUFWA	- Professore dell'Università di Stoccolma
Prof. Bernard DUTOIT	- Professore emerito dell'Università di Losanna
Prof. Jan DVOŘÁK	- Professore dell'Università di Praga
Prof. Bernhard ECCHER	- Professore dell'Università di Innsbruck
Prof. Dorothee EINSELE	- Professore dell'Università di Kiel
† Prof. Dr.hon.c. Angelo FALZEA	- Professore emerito dell'Università di Messina
† Prof. Dr.hon.c. Murad FERID	- Professore emerito dell'Università di Monaco di Baviera
Prof. Giovanni Battista FERRI	- Professore emerito dell'Università «La Sapienza», Roma

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Prof. Franco FICHERA	- Professore dell'Università «Suor Orsola Benincasa», Napoli
† Prof. Jean FOYER	- Professore emerito dell'Università «Panthéon-Assas», Parigi - già Ministro della Giustizia francese
Prof. Giovanni FURGIUELE	- Professore dell'Università di Firenze
Prof. Prof.hon.c. Enrico GABRIELLI	- Professore dell'Università «Tor Vergata», Roma
Prof. Gianfranco GAFFURI	- Professore dell'Università di Milano
† Prof. Dr.hon.c. mult. Francesco GALGANO	- Professore dell'Università di Bologna
Prof. Franco GALLO	- Presidente emerito della Corte Costituzionale italiana
Prof. Antonio GAMBARO	- Professore dell'Università di Milano
Prof. Agostino GAMBINO	- Professore emerito dell'Università «La Sapienza», Roma
Prof. Joseph M. GANADO	- Professore dell'Università di La Valletta
Prof. Dr.hon.c. mult. Giuseppe GANDOLFI	- Professore emerito dell'Università di Pavia
Prof. Gabriel GARCÍA CANTERO	- Professore emerito dell'Università di Saragozza
Prof. Lucilla GATT	- Professore dell'Università «Suor Orsola Benincasa», Napoli
Prof. Yves GAUDEMET	- Professore dell'Università «Panthéon-Assas», Parigi
Prof. Dr.hon.c. Karlmann GEISS	- Presidente emerito della Corte Federale tedesca, «Bundesgerichtshof»
Prof. Dr.hon.c. Jacques GHESTIN	- Professore emerito dell'Università «Panthéon-Sorbonne», Parigi
Prof. Gustavo GHIDINI	- Professore dell'Università di Milano
Prof. Teresa GIMÉNEZ-CANDELA	- Professore dell'Università « Autónoma», Barcellona
† Prof. Michele GIORGIANNI	- Professore emerito dell'Università «La Sapienza», Roma

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Prof. Iain GLIDEWELL	- «Lord Justice of Appeal» - Corte Suprema inglese, Londra
Prof. Roy GOODE	- Professore emerito dell' Università di Oxford
Prof. Carlo GRANELLI	- Professore dell'Università di Pavia
† Prof. Cesare GRASSETTI	- Professore emerito dell'Università di Milano
Prof. Pietro Giuseppe GRASSO	- Professore emerito dell'Università di Pavia
Prof. Jean-Pierre GRIDEL	- Professore dell'Università «René Descartes», Parigi - Consigliere decano della Corte di Cassazione francese
† Prof. Antonio GUARINO	- Professore emerito dell'Università «Federico II», Napoli
Prof. Alejandro GUZMÁN-BRITO	- Professore della Pontificia Università Cattolica di Valparaíso
Prof. Gábor HAMZA	- Professore dell'Università di Budapest
Prof. Attila HARMATHY	- Professore emerito dell'Università di Budapest - Giudice della Corte Costituzionale ungherese
† Prof. Dr.hon.c. Wolfgang HEFERMEHL	- Professore emerito dell'Università di Heidelberg
Prof. Dr.hon.c. Olavi HEINONEN	- Presidente della Corte Suprema finlandese
Prof. Shael HERMAN	- Professore della «Tulane University», New Orleans
† Prof. Fernándo HINESTROSA	- Professore emerito dell'Università di Bogotá - già Ministro della Giustizia, Colombia
Prof. Kenji HIRATA	- Professore dell'Università d'Osaka
Prof. Günter HIRSCH	- Presidente emerito della Corte Federale tedesca, «Bundesgerichtshof»
Prof. Ewoud HONDIUS	- Professore dell'Università di Utrecht
Prof. Marko ILESIC	- Professore dell'Università di Lubiana

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Prof. Natalino IRTI	- Professore emerito dell'Università «La Sapienza», Roma
Prof. Philippe JESTAZ	- Professore emerito dell'Università «Panthéon-Sorbonne», Parigi
† Prof. Dr.hon.c. Anthony JOLOWICZ	- Professore emerito dell'Università di Cambridge
Prof. Gareth H. JONES	- Downing Professor dell'Università di Oxford
Prof. Tatjana JOSIPOVIĆ	- Professore dell'Università di Zagabria
Prof. Peter JUNG	- Professore dell'Università di Basilea
Prof. Paul KAYSER	- Presidente della Corte Suprema lussemburghese
Prof. Ahmet M. KILIÇOĞLU	- Professore delll'Università di Ankara
Prof. Peter KINDLER	- Professore dell'Università di Monaco di Baviera
Prof. Rolf KNÜTEL	- Professore dell'Università di Bonn
Prof. Anders KNUTSSON	- Presidente emerito della Corte Suprema svedese
Prof. Dr.hon.c. Hein KÖTZ	- Presidente e professore della «Bucerius Law School» - Hochschule für Wissenschft, Amburgo
Prof. Dr.h.c. Ernst A. KRAMER	- Professore emerito dell'Università di Basilea
Prof. Christoph KRAMPE	- Professore emerito dell'Università di Bochum
Prof. Janez KRANJC	- Professore dell'Università di Lubiana
Prof. Dr.hon.c.mult. Luigi LABRUNA	. Professore dell'Università «Federico II», Napoli
Prof. Vincent LAMANDA	- Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione francese
Prof. John H. LANGBEIN	- Professore dell'Università di Yale
† Prof. Dr.hon.c. Karl LARENZ	- Professore dell'Università di Monaco di Baviera

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Prof. Christian LARROUMET	- Professore dell'Università «Panthéon-Assas», Parigi
Prof. Luis Fernando LEIVA FERNANDEZ	- Professore dell'Università Nazionale di Buenos Aires
Prof. Jacques LEMONTEY	- Presidente della Prima Camera civile della Corte di Cassazione francese
Prof. Yves LEQUETTE	- Professore dell'Università «Panthéon-Assas», Parigi
Prof. Alexandre LICHOROWICZ	- Professore dell'Università di Cracovia
Prof. Gerhard LINGELBACH	- Professore dell'Università di Iena
Prof. Nicolò LIPARI	- Professore emerito dell'Università «La Sapienza», Roma
Prof. Dr.hon.c. Manfred LÖWISCH	- Professore dell'Università di Friburgo
Prof. Angelo LUMINOSO	- Professore emerito dell'Università di Cagliari
Prof. Dr.hon.c. Agustín LUNA SERRANO	- Professore dell'Università di Barcellona
Prof. Ernesto LUPO	- Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione italiana
Prof. Roman A. MAJDANYK	- Professore dell'Università di Kiev
Prof. Philippe MALAURIE	- Professore emerito dell'Università «Panthéon-Assas», Parigi
Prof. Philippe MALINVAUD	- Professore emerito dell'Università «Panthéon-Assas», Parigi
† Prof. Carlos MALUQUER DE MOTES BERNET	- Professore dell'Università di Barcellona
† Prof. José Alfredo MANSO PRETO	- Presidente del Tribunale Supremo portoghese
Prof. Pierre MARCHAL	- Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione belga
Prof. Piergaetano MARCHETTI	- Professore emerito dell'Università «Bocconi», Milano
Prof. Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ	- Professore dell'Università di Saragozza

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Prof. Remo MARTINI	- Professore emerito dell'Università di Siena
Prof. Dr.hon.c. Rainer MASERA	- Professore dell'Università «Guglielmo Marconi», Roma
Prof. Nicola MARVULLI	- Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione italiana
† Prof. Dr.hon.c. mult. Theo MAYER MALY	- Professore emerito dell'Università di Salisburgo
† Prof. Dr.hon.c. Henri MAZEAUD	- Professore emerito dell'Università «Panthéon-Sorbonne», Parigi
Prof. Salvatore MAZZAMUTO	- Professore dell'Università di «Roma-3»
Prof. Harvey McGREGOR	- Professore dell'Università di Edimburgo - Queen's Counsel - Head of Legal Chambers - formerly Warden of New College, Oxford
Prof. Dr.hon.c. Dieter MEDICUS	- Professore emerito dell'Università di Monaco di Baviera
Prof. Manuel Henrique MESQUITA	- Professore dell'Università di Coimbra
Prof. Jacques MESTRE	- Professore dell'Università d'Aix-Marseille III
Prof. Valentinas MIKELENAS	- Professore dell'Università di Vilnius - Giudice della Corte Suprema lituana
Prof. Paolo MONTALENTI	- Professore dell'Università di Torino
Prof. Enrico MOSCATI	- Professore dell'Università «La Sapienza», Roma
† Prof. Dr.hon.c. Barry NICHOLAS	- Professore emerito dell'Università di Oxford
Prof. Noemi Lidia NICOLAU	- Professore dell'Università di Rosario
Prof. Alessandro NIGRO	- Professore dell'Università «La Sapienza», Roma
Prof. Dr.hon.c. mult Dieter NÖRR	- Professore emerito dell'Università di Monaco di Baviera
Prof. Nicola OCCHIOCUPO	- Professore emerito dell'Università di Parma

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Prof. Walter ODERSKY	- Presidente emerito della Corte federale tedesca, «Bundesgerichtshof» - Professore onorario dell'Università di Monaco
† Prof. Paul O' HIGGINS	- Professore emerito dell'Università di Dublino
† Prof. Dr.hon.c. Giorgio OPPO	- Professore emerito dell'Università «La Sapienza», Roma
Prof. Gustavo ORDOQUI CASTILLA	- Professore dell'Università di Montevideo
Prof. Antonio PALAZZO	- Professore dell'Università di Perugia
Prof. Kalleroi PANTELIDOU	- Professore dell'Università «Demokritos», Tracia
Prof. Roberto PARDOLESI	- Professore dell'Università «LUISS», Roma
Prof. Javier PARICIO	- Professore dell'Università «Complutense», Madrid
Prof. Maria PATAKYOVA	- Professore dell'Università di Bratislava
Prof. Marino PERASSI	- Avvocato Generale della «Banca d'Italia», Roma - Professore dell'Università LUISS, Roma
Prof. Dr.hon.c. Pietro PERLINGIERI	- Professore emerito dell'Università «Del Sannio», Benevento
Lord Nicholas PHILLIPS of WORTH MATRAVERS	- Presidente della «Supreme Court of the United Kingdom», Londra
Prof. Georghios M. PIKIS	- Presidente della Corte Suprema cipriota
Prof. Paolo PISCITELLO	- Professore dell'Università «Suor Orsola Benincasa», Napoli
Prof. Paolo POLLICE	- Professore dell'Università «Federico II», Napoli
Prof. Niels PONTOPPIDAN	- Presidente della Corte Suprema danese
Prof. Liviu POP	- Professore dell'Università di Cluj-Napoca, Romania

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Prof. Dr.hon.c. Giuseppe PORTALE	- Professore dell'Università «Cattolica», Milano
Prof. Martin POSCH	- Professore emerito dell'Università di Iena
Prof. Dr.hon.c. Willibald POSCH	- Professore emerito dell'Università di Graz
Prof. Dr.hon.c. Michael RAINER	- Professore dell'Università di Salisburgo
Prof. Jerzy RAJSKI	- Professore emerito dell'Università di Varsavia
Prof. Raffaele RASCIO	- Professore dell'Università «Federico II», Napoli
† Prof. Dr.hon.c. Pierre RAYNAUD	- Professore emerito dell'Università «Panthéon-Sorbonne», Parigi
Prof. Dr.hon.c. Pietro RESCIGNO	- Professore emerito dell'Università «La Sapienza», Roma
Prof. Gian Carlo RIVOLTA	- Professore dell'Università di Milano
Prof. Sir Bernard RIX	- già «Lord Justice of Appeal» - Professore dell'Università «Queen Mary», Londra
† Lord RODGER of EARLSFERRY	- Presidente della Corte Suprema, Scozia
Prof. Carlos ROGEL VIDE	- Professore dell'Università «Complutense», Madrid
Prof. Claude ROUILLER	- Presidente emerito del Tribunale Federale svizzero - Professore dell'Università di Neuchâtel
Prof. Sjoerd ROYER	- Presidente emerito della Corte Suprema olandese - già Professore dell'Università «Erasmus», Rotterdam
Prof. Mauro RUBINO SAMMARTANO	- Presidente della Corte Arbitrale Europea - Strasburgo
Prof. Maria Letizia RUFFINI GANDOLFI	- Professore dell'Università di Milano
Prof. Ennio RUSSO	- Professore dell'Università «Tor Vergata», Roma
Prof. Dr. Johann RZESZUT	- Presidente della Corte Suprema austriaca, Vienna

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Prof. Jean SACE	- Presidente emerito della Corte di Cassazione belga - Professore dell'Università libera, Bruxelles
Prof. Pascual SALA SANCHEZ	- Presidente emerito e Magistrato del Tribunale Supremo spagnolo
† Prof. Giorgio SANTACROCE	- Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione italiana
Prof. Martin SCHERMAIER	- Professore dell'Università di Bonn
Prof. Prof. hon.c. Sandro SCHIPANI	- Professore dell'Università «Tor Vergata», Roma
† Prof. Dr.hon.c. Peter SCHLECHTRIEM	- Professore emerito dell'Università di Friburgo i. Br.
Prof. Hans SCHULTE-NÖLKE	- Professore dell'Università di Osnabruck
Prof. Dr.hon.c. Reiner SCHULZE	- Professore dell'Università di Münster
Prof. Antonella SCIARRONE ALIBRANDI	- Professore dell'Università «Cattolica», Milano
Prof. Eduardo SERRANO GÓMEZ	- Professore dell'Università «Complutense», Madrid
† Prof. Vittorio SGROI	- Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione italiana
Prof. Kurt SIEHR	- Professore emerito dell'Università di Zurigo
Prof. Prof. hon.c. Pedro F. SILVA-RUIZ	- Professore dell'Università di Portorico
Prof. A. Lâle SIRMEN	- Professore dell'Università di Ankara
Prof. Olga SOLER-BONNIN	- Professore della «Pontificia Universidad Católica», Portorico
Prof. Dr.hon.c. Pal SOLT	- Presidente emerito della Corte Suprema ungherese
Prof. Dr.hon.c. Hans Jürgen SONNENBERGER	- Professore emerito dell'Università di Monaco di Baviera
Prof. Jean-Pierre SORTAIS	- Professore emerito dell'Università di Losanna
Prof. Jean Louis SOURIOUX	- Professore dell'Università «Panthéon-Assas», Parigi

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Prof. Dr.hon.c. Paolo SPADA	- Professore emerito dell'Università «La Sapienza», Roma
Prof. Dr.hon.c. John Rason SPENCER	- Professore dell'Università di Cambridge
† Prof. Dr.hon.c. mult. Peter STEIN	- Professore emerito dell'Università di Cambridge
Prof. Krassen STOICHEV	- Giudice della Corte Costituzionale bulgara
Prof. Matthias Edward STORME	- Professore dell'Università di Anversa
† Prof. Oscar STRANARD	- Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione belga
† Prof. Dr.hon.c. Fritz STURM	- Professore emerito dell'Università di Losanna
Prof. Eugeny Alexcevitsch SUCHANOV	- Professore dell'Università di Mosca
Prof. Jiři ŠVESTKA	- Professore dell'Università di Praga
† Prof. Dr.hon.c. Mario TALAMANCA	- Professore emerito dell'Università «La Sapienza», Roma
Prof. Denis TALLON	- Professore emerito dell'Università «Panthéon-Assas», Parigi
Prof. Chiara TENELLA SILLANI	- Professore dell'Università di Milano
Prof. Giuseppe TERRANOVA	- Professore dell'Università «La Sapienza», Roma
Prof. Dr.hon.c. François TERRÉ	- Professore emerito dell'Università «Panthéon-Assas», Parigi
Prof. Dr.hon.c. Bernard TEYSSIÉ	- Professore dell'Università «Panthéon-Assas», Parigi
Prof. Francisco Javier TIRADO SUAREZ	- Professore dell'Università «Complutense», Madrid
Prof. Klaus TOLKSDORF	- Presidente emerito della Corte Federale tedesca, «Bundesgerichtshof»
Prof. Kalvis TORGĀNS	- Professore dell'Università di Riga
† Prof. Prof. hon. Alberto TRABUCCHI	- Professore emerito dell'Università di Padova

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

† Prof. Dr.hon.c. mult. André TUNC	- Professore emerito dell'Università «Panthéon-Sorbonne», Parigi
Prof. Luigi Carlo UBERTAZZI	- Professore dell'Università di Pavia
Prof. Emilio VALIÑO	- Professore dell'Università di Valenza
Prof. Paul VARUL	- Professore dell'Università di Tartu - già Ministro della Giustizia, Estonia
Prof. Dr.hon.c. Carlos VATTIER FUENZALIDA	- Professore dell'Università di Burgos
Prof. Andrea VELA	- Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione italiana
† Prof. Roger VIGNERON	- Professore dell'Università di Liegi
Prof. Geneviève VINEY	- Professore emerito dell'Università «Panthéon-Sorbonne», Parigi
† Prof. Paolo VITUCCI	- Professore dell'Università «La Sapienza», Roma
Prof. Giovanna VOLPE PUTZOLU	- Professore dell'Università «La Sapienza», Roma
Prof. Thomas Glyn WATKIN	- Professore dell'Università di Cardiff
† Prof. Dr.hon.c. mult. Franz WIEACKER	- Professore emerito dell'Università di Gottinga
Prof. Laurens WINKEL	- Professore dell'Università «Erasmus», Rotterdam - Consigliere della Corte d'Appello, Amsterdam
Lord WOOLF	- già «Lord Chief Justice of England and Wales», Londra
Prof. Lihong ZHANG	- Professore dell'Università di Shanghai
Prof. Ferdinando ZUCCONI GALLI FONSECA	- Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione italiana

Cancelliere dell'Accademia

Prof. Lucilla GATT	- Professore dell'Università «Suor Orsola Benincasa», Napoli

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno

Finito di stampare nel maggio 2017

Stampato dal Centro Michelangelo - viale Col di Lana, 3 - 20136 Milano

© Giuffrè Editore – copia riservata ad uso interno