

Alcuni aspetti giuridici dell'automazione bancaria e della riservatezza e sicurezza dei suoi dati (1^a parte) *

Gilberto Peña Castrillón

SOMMARIO: Parte prima: *Il diritto, l'automazione e l'informatica*. — 1. *Automazione, computo e informatica*. — 2. *Alcuni sofismi della relazione tra diritto, automazione e informatica*. — 3. *Alcune relazioni tra automazione e diritto*. — Parte seconda: *Alcune conseguenze giuridiche dell'automazione bancaria*. — 4. *Dall'atto bancario massivo alla attività bancaria universale, in conseguenza dell'automazione*. — 5. *Un ampliamento della nozione di domicilio bancario. Il superamento della nozione giuridica tradizionale di succursale*. — 6. *Alcune ipotesi e conseguenze giuridiche dei sistemi di trasferimento elettronico di fondi*.

PARTE PRIMA

IL DIRITTO, L'AUTOMAZIONE E L'INFORMATICA

L'analisi di un fenomeno dal punto di vista giuridico implica la considerazione e la valutazione di una determinata condotta, ragion per cui ciò che si dice in queste pagine ha come presupposto inevitabile che ci si riferisca ai comportamenti di un determinato gruppo di persone che per vocazione, specializzazione o convenienza svolgono delle mansioni speciali nella banca latino-americana composta da istituzioni che, a loro volta, fanno parte di complessi più articolati e vitali, destinati a finalità superiori della comunità. Non vogliamo nascondere quanto ci seduce la visione strutturale dell'uomo e della società, almeno come metodo di approccio e come esclusione delle visioni particolari, unilaterali o atomistiche «dell'uomo e del suo ambiente».

Tenendo come base questa visione integrale e di interazione dell'uomo e dei fenomeni, non può sembrare strano che la tecnica e i suoi prodotti interrogino il Diritto, che il Diritto possa considerarli parte della sua materia e che in questo caso ci incontriamo cercando di scoprire alcune interferenze — nel senso migliore del termine — tra una parte della tecnica, l'automazione bancaria, e il Diritto.

Gilberto Peña Castrillón es asesor de la Secretaría General de Felaban, Bogotá (Colombia)

* [N.d.r.] Il presente articolo è stato tradotto dallo spagnolo dal dr. Domenico Torretta (Università di Bari). La seconda parte dell'articolo sarà pubblicata nel prossimo fascicolo.

Non è questo il momento, né è parte del limitato obiettivo di questa relazione precisare termini e definizioni, ma per non ripetere spiegazioni, dobbiamo chiarire in che senso useremo certe espressioni.

La differenza fra *automazione* e *computo* fu definita in un lavoro precedente del CLAB¹, che considera il secondo, per quanto importante e degno di nota, soltanto una parte della prima. Tuttavia, né l'una né l'altro hanno in sé una *ratio* o giustificazione sufficiente che apparirà solo quando noi ci chiederemo *per quale ragione* usare l'automazione e il computo. La risposta è *l'informazione* di cui le banche hanno bisogno per le loro operazioni, chiarendo, quindi, che fin dall'inizio il *procedimento* o *automazione* sarà riferito ai *dati*.

D'altra parte, le banche elaborano l'informazione in modo automatico con diversi fini, i quali tutti – e facendoci carico del pericolo di ridurre le cose a unità – mirano alla *efficacia* dell'impresa bancaria, cioè, a un'ottima amministrazione. Non è una semplice coincidenza che un autore già classico in tema di amministrazione² e i più conosciuti esperti in automazione bancaria³ concludano che tutti questi (computo, automazione, informatica) sono semplici presupposti – se non indispensabili almeno utili – per una amministrazione o direzione efficace.

L'informazione che richiede una banca per raggiungere i suoi obiettivi compie il ciclo *origine* (con tutti i problemi della sua raccolta, riordinamento, classificazione, trasferimento a mezzi adatti per l'introduzione nel calcolatore, ecc.) *destinazione*, qualificata quest'ultima per l'utilizzazione efficace dei risultati del suo processo automatizzato. L'informazione propria ed esclusiva (per origine) che una banca utilizza in qualità di impresa finanziaria è poca cosa giacché la grandissima maggioranza dei dati è dei suoi clienti e del resto del sistema finanziario⁴, ragion per cui l'ampliamento dei progetti e delle operazioni che permette ad una banca l'automa-

1. LUIZ GALANTE, *La posición de la administración frente a la automatización*, in «Felaban», n. 20, febbraio 1975, p. 227.

2. PETER DRUCKER, *El ejecutivo eficaz*, Buenos Aires, Sudamericana, 1977, 9ª ediz., pp. 173 ss.

3. Per tutti, si veda GALANTE, *op. cit.*; SEBASTIÁN J. PICCONE, *La alta gerencia y la automatización*, in «Felaban», n. 14, febbraio '73, pp. 61 ss.; AUGUSTÍN R. MOLINARI, *Apoyo informático a la gestión gerencial dentro de los bancos...*, in «Felaban», n. 26, febbraio '77.

4. Un esempio della grande quantità di informazione – incompleto, per di più – che le banche usano può vedersi nel caso del risparmio, in GONZALO LACALLE LELOUP, *Manejo automatizado de títulos-valores; supresión del documento físico. Experiencia de la banca española*, in «Felaban», n. 26, febbraio '77, pp. 39 ss. «Ho avuto la curiosità di calcolare il numero dei titoli custoditi presso le Banche e le Casse di Risparmio e sono circa duemila milioni con un peso di circa 20.000 tonnellate, accumulati su circa 400 chilometri di scaffali e che, messi l'uno dietro l'altro, considerando la grandezza media dei titoli, comporterebbero un gigantesco nastro di oltre un milioni di chilometri che potrebbe avvolgere il globo terrestre venticinque volte. Se si potessero mettere i titoli l'uno sull'altro, raggiungerebbero un'altezza di 200 chilometri».

zione produce alla fine un aumento della sua responsabilità per la crescente informazione altrui che deve quotidianamente manipolare, dal momento che la sua cura deve essere maggiore *quando la riceve, durante il suo uso o processo e nelle sue diverse applicazioni*, e con ciò abbiamo dato l'anello di congiunzione che mancava fra *automazione ed informatica* intendendo per quest'ultima il trattamento scientifico dell'informazione.

Le nostre interpretazioni e ciò che riusciremo a schematizzare hanno come limite l'interrelazione del Diritto con l'*informazione* che le banche utilizzano e con alcune *forme del suo processo automatico*. Conosciamo la notevole considerazione in cui è tenuto attualmente il tema informazione, ragion per cui abbiamo voluto definire queste zone marginali perché se c'è un campo in cui è difficile controllare l'immaginazione, è proprio questo ⁵.

2. ALCUNI SOFISMI DELLA RELAZIONE TRA DIRITTO, AUTOMAZIONE E INFORMATICA

Non staremo a raccontare come i giuristi hanno tentato di conoscere il fenomeno cibernetico ⁶, che a volte pare muoversi tra l'ingenuità e la finzione, dal momento che queste analisi evidenziano il distacco tradizionale dell'avvocato medio dal progresso tecnico, quando non si tratta addirittura di una certa perplessità, perché il Diritto — per coloro che lo ritengono solo legge scritta — non fornisce risposte o previsioni concrete per i nuovi fatti, situazioni o relazioni. Può risultare utile indicare — a seconda di come vediamo le cose — i sofismi principali che si osservano nella considerazione giuridica della cibernetica e, in concreto, della automazione, che, fatte le proporzioni, ricordano quelli di alcune amministrazioni bancarie quando si introdusse nella loro impresa il calcolatore.

Una tentazione ormai superata fu quella di sopravvalutare le possibilità che l'automazione offriva per misurare o quantificare la realizzazione di certi fatti, decisioni e comportamenti, dal che si volle ridurre la funzione del Diritto all'identificazione di ciò che nella sua materia era ripetibile, in che modo lo era e alle interrelazioni fra questi fatti e la loro frequenza. Questo ci apparirà più chiaro se osserviamo che questo modo di affrontare la materia fu chiamato *giurimetria*, parola che secondo varî autori deriva dalle voci *Sociometria* e *Econometria*, cosa che rende evidente l'origine dell'errore ⁷.

5. Un esempio di questi eccessi è la visione neo-materialista che definiva il mondo come *un composto di materia, energia e informazione*. Si veda una nota sulla concezione materialista dell'*informatica* e della *cibernetica* in ANTONIO ENRIQUE PÉREZ-LUÑO, *Cibernetica, Informática y Derecho*, Saragozza, Collegio Reale di Spagna (*Studia Albornotiana*, n. XXVIII), 1976, p. 100 (in nota).

6. Si veda lo schema delle diverse posizioni in PÉREZ-LUÑO, *op. cit.*, pp. 21 ss.

7. Si conviene che fu Lee Loevinger ad introdurre detto termine. Quando autori successivi vollero precisare quale fosse l'oggetto della *giurimetria*, l'argomento perse la spettacolarità e la dimensione originariamente suggerite; «elaborazione elettronica della documentazione giuri-

Questa è la considerazione tipica del Diritto inteso «in senso geometrico» che, per lo più, prima che esistesse tutto l'apparato della automazione, aveva fatto scuola in un gruppo di giuristi che interpretavano e applicavano il Diritto «come se stessero *calcolando* con i concetti», secondo quanto testimonia un autore⁸. Se è vero che come oggetti della conoscenza, matematica e diritto sono distinti, è altrettanto vero che il Diritto può utilizzare la matematica in certe aree.

Da questa prima distrazione derivò l'altra che fu quella di voler utilizzare l'automazione e l'informatica per giungere alla *sentenza prevedibile*, basandosi su argomenti puramente storici, cioè, in questo caso, statistici. Sembra chiaramente stabilito che se nei sistemi di *diritto giudiziario* o di *precedenti* ciò è impossibile, lo è molto di più nel caso latino-americano, visto che la nostra tradizione giuridica ha voluto riservare ad ogni «caso di giustizia» un trattamento particolare e speciale; per quanto sia utile accertare come siano stati risolti casi uguali o simili, il giudice può e in molti casi deve allontanarsi da quei modelli⁹.

Al culmine delle confusioni iniziali, ad un certo punto, si presentarono resistenze all'analisi giuridica del fenomeno cibernetico per timore che il giudice fosse sostituito dal calcolatore, il che può ricordarci facilmente le riserve di alcune amministrazioni bancarie prima dell'apparizione del calcolatore. Un autore arrivò a parlare della *machine-made justice* [giustizia-fatta-a-macchina] e non sappiamo che cosa abbia fatto scomparire totalmente il timore che tale possibilità aveva suscitato.

Sembra chiaro – almeno nella banca – che il calcolatore non può sostituire l'amministratore, ma può aiutarlo ad essere un amministratore efficiente in tutti i campi, chiarezza che ci esonera dal prendere in considerazione il timore che il giudice possa essere sostituito dal calcolatore. Sarebbe davvero utile se si ricorresse a questi strumenti per essere un *amministratore* migliore, giacché non a caso questa funzione o servizio si chiama comunemente *Amministrazione della Giustizia*.

Siccome il linguaggio usato dai calcolatori è un linguaggio logico ed univoco, un'altra tentazione fu quella di voler ridurre il Diritto alle sue semplici espressioni formali, in particolare a quelle che permettono la conversione nel linguaggio della macchina, dal che si comincia ad affermare che «il Diritto è un semplice caso di informatica» o che «la scienza giuridica è una scienza di parole». Nel voler ridurre il Diritto a pochi elementi suscet-

dica; analisi delle sentenze giuridiche, diretta alla previsione di future sentenze del medesimo tribunale e applicazione della logica matematica e simbolica al Diritto per facilitare la realizzazione di analisi giurisprudenziali e permettere la creazione di un linguaggio artificiale che possa essere utilizzato dai calcolatori». Cfr. PÉREZ-LUÑO, *op. cit.*, p. 41.

Si può leggere una presentazione e critica della definizione originale di *giurimetria* in MARIO G. LOSANO, *Informática Jurídica*, San Paolo, Saraiva, 1976, pp. 3 ss.

8. LOSANO, *op. cit.*, p. 4. Si riferisce a «i pandettisti della Scuola Storica del Diritto, antesignani dei moderni formalisti giuridici».

9. LOSANO, *op. cit.*, pp. 6-8, tratta questo punto nel capitolo «Il disinteresse dei giuristi europei per la previsione delle sentenze».

tibili – secondo questa posizione – di un processo automatizzato¹⁰, si cambia l'oggetto dello stesso e si ipertrofizzano alcune delle espressioni formali, secondo quanto conviene.

3. ALCUNE RELAZIONI TRA AUTOMAZIONE E DIRITTO

Dobbiamo fare pochissime precisazioni circa i campi nei quali il Diritto utilizza o applica questi nuovi metodi e tecniche prima di cominciare a vedere – e questo è l'oggetto della presente relazione – in che modo essi e i loro prodotti ampliano l'oggetto del Diritto andando a volte al di là di alcune soluzioni tradizionali.

3.1. *L'automazione e le funzioni legislativa, esecutiva e giudiziaria.* La presentazione più comune è quella che indica il modo in cui l'automazione facilita le funzioni tradizionali del Diritto – legislativa, esecutiva e giudiziaria –, per cui si parte da una insufficiente distinzione, giacché ciò che è necessario chiarire è *che cosa di buono facciano queste tecniche in ciascuno dei rami dell'attività pubblica che ha come scopo preminente queste funzioni del Diritto.*

10. Non è questa l'occasione per esporre ragioni sufficienti per confutare questo ritorno al formalismo, favorito attualmente dalla tecnica, che vorrebbe ridurre il Diritto alla *norma scritta* e trovare in essa tutti gli elementi che regolano la condotta. «In questo clima non può sorprendere che alcuni studiosi di questo nuovo ramo vedano nella creazione di un linguaggio giuridico univoco *more cibernetico* le basi per una interpretazione univoca della norma. Tuttavia, bisogna esprimere alcune riserve a questo atteggiamento. La prima scaturisce dalla stessa struttura della norma giuridica. Secondo Recasens Siches, il grande errore che turbò la vita del Diritto nel secolo XIX fu 'supporre che le norme del Diritto positivo costituiscono esigenza di verità, che, pertanto, deve essere trattata con metodi di logica pura'. Questo errore diede origine ad altri equivoci fra i quali raggiunsero notevole diffusione: A) La convinzione che le norme giuridico-positive erano enunciati logici, con possibilità di dare soluzione a tutti i problemi della pratica del Diritto. Bastava proiettare sui testi normativi (leggi, regolamenti, principi giurisprudenziali, ecc.) il meccanismo della deduzione razionale per ricavare, attraverso l'interferenza sillogistica, conclusioni illimitate; B) Un altro errore consisteva nel ritenere che nella vita del Diritto positivo, ciò che era decisivo era la logica. A causa di ciò l'attività volta ad interpretare il Diritto era concepita come una operazione di logica tradizionale del tipo di quella impiegata per la fisica o la matematica. Circa il primo errore, Recasens ricorda che tutta la norma giuridica è 'la risposta pratica ad un problema pratico... è stata elaborata per produrre... alcuni determinati effetti, più esattamente gli effetti che l'autore della norma considera come la soluzione più giusta al problema pratico considerato'. Orbene, questo suo proposito significa che il criterio per determinare l'ambito di applicazione della norma e per chiarire il suo significato e la sua portata in ogni caso, la sua corretta interpretazione, non può, in nessun modo, consistere in operazioni di logica pura.

Al secondo errore Recasens oppone tutta la sua forza dottrinale volendo porre in rilievo l'insufficienza della logica pura tradizionale nella interpretazione del Diritto, concludendo che il metodo unitario dell'interpretazione giuridica deve fondarsi nel 'logos' del ragionevole e non nella logica pura del razionale». Cfr. PÉREZ-LUÑO, *op. cit.*, pp. 63-64.

In ALBERTO E. SERRANO, *Computadores y Derecho. Una introducción a la informática jurídica*, Maracaibo, U. del Zulia, 1975, c'è un compendio su come si converte il linguaggio quotidiano in linguaggio logico, le limitazioni che questa conversione presenta e come tutto questo processo si basi sulla logica formale e la nozione (o metodo?) di *struttura* (pp. 24 ss.). Si veda anche A. J. ESTAPA, D. GALLIZIA e E. MARETTI, *La redazione mediante calcolatore di testi giuridici*, in «Informatica e diritto», Firenze, Le Monnier, anno III, n. 2, giugno '77, pp. 370 ss.

Supponiamo che si tratti, in tutti i casi, di *fornire informazioni per fini precisi*. Benché nella pratica i fini dell'attività pubblica non siano esclusivi, torna utile indicare alcuni scopi di questa informazione in uno schema che ci spingerà a rivelare alla fine, in che misura è compromessa o no la *creazione, interpretazione o applicazione* del diritto, o se gran parte della funzione strumentale di tali tecniche è rivolta a problemi di amministrazione. Vediamo, nell'elenco che segue, in quali settori può essere utilizzata l'automazione:

— Per un controllo ed una utilizzazione migliori da parte dello Stato, come avviene con l'informazione elaborata elettronicamente dalle sovrintendenze (bancarie, di società, di cooperative, di industria), dai servizi incaricati di esaminare la legalità delle spese ufficiali regionali o nazionali e dalle banche nazionali dei dati che forniscono, per esempio, *indici* fondamentali per decisioni di controllo dell'esecutivo.

— Per una migliore amministrazione e prestazione dei servizi. Si tratta del caso dell'informazione diretta, per esempio, alla raccolta delle imposte, ai pagamenti dei servizi, all'amministrazione della burocrazia, alla prestazione del servizio notarile, ecc.

— Per la formulazione di politiche legislative, nel senso più ampio, come sarebbero le banche dei dati dell'organo legislativo, delle banche centrali, l'informazione del commercio estero e quella fornita dall'organo incaricato della elaborazione delle statistiche nazionali.

— Per l'indagine nel caso degli istituti tecnologici o universitari.

— Per l'amministrazione della giustizia. Fondamentalmente le banche di informazione legislativa e di precedenti giudiziari o giurisprudenziali.

La verità è che oltre a favorire una migliore amministrazione, tutti questi vantaggi che la tecnica offre al Diritto nelle sue diverse funzioni e allo Stato per quanto riguarda la funzione pubblica, non compromettono assolutamente l'oggetto del Diritto né minano le basi della sua creazione, interpretazione e applicazione.

3.2. *L'automazione e la creazione, interpretazione e applicazione del Diritto.* Non sono molti i campi — a meno che non si incorra in qualcuno degli errori indicati al punto 2 — in cui il Diritto presenta una frattura fondamentale a causa della cibernetica, poiché ciò che osserviamo è una assimilazione progressiva molto lenta di queste tecniche, sfortunatamente all'insaputa della maggior parte degli operatori del Diritto. In ogni modo, ripetiamo, non incontriamo — almeno sin dove si spinge la nostra osservazione — la possibilità di sostituire l'uomo di Diritto con la cibernetica, giacché la *valorizzazione* che implica il diritto, sommata agli elementi illogici, equivoci ed irrazionali che pure lo integrano, sono irriducibili o impossibili da formulare e risolvere «ciberneticamente». Ci sembra, tuttavia, che la *creazione, interpretazione ed applicazione* del Diritto risultano favorite da queste tecniche in misura apprezzabile.

Il Diritto è caratterizzato da una creazione costante, cumulativa e progressiva, a meno che non lo riduciamo ad una sola delle sue fonti formali. Chiarito questo, osserviamo che il Diritto che si «crea» mediante la fonte di più facile uso per la cibernetica, la *norma scritta*, si vede avvantaggiato, sia con il riordinamento degli antecedenti e del patrimonio legislativo sia con la somministrazione di interrelazioni che si trasformano in elementi preziosi per formulare politiche legislative e leggi di ogni tipo. Per di più, e senza che esista un risultato definitivo e con le limitazioni indicate altrove, se ci troviamo all'interno di un sistema di Diritto che ha dato preminenza alla *norma scritta*, l'automazione prospetta al Diritto la necessità «se non di formalizzare, almeno di purificare le sue espressioni linguistiche».

L'interpretazione e l'applicazione del Diritto presentano problemi più complessi per la tecnica poiché questi atti vanno molto al di là di un semplice processo logico e perché del Diritto applicabile ad un comportamento o ad una interrelazione, solo una minima parte è riducibile al linguaggio della macchina; per quanto possa sembrar strano, i *poteri del giudice*¹¹ sono più di una semplice elaborazione di sillogismi, ma l'aiuto che queste tecniche possono offrirgli si limita alla elaborazione ordinata e concordata di ben pochi elementi normativi, fra i tanti di cui il giudice deve tener conto. Questo acquista la forma di banca di dati legislativi o di precedenti giurisprudenziali o giudiziari che da soli non possono produrre la *decisione* e che molte volte rivelano l'intenzione di chi manipola l'informazione, al di là dei problemi che scaturiscono dalle limitazioni presupposte dalla tecnica. Un esempio di queste difficoltà lo incontriamo nella selezione all'interno di una banca di dati «full text» («entrata totale nella memoria del calcolatore giuridico») o «index» («lista ordinata di informazioni sul contenuto di uno schedario o documento, insieme alle chiavi necessarie per la loro identificazione o localizzazione»), particolarmente quando in quest'ultimo caso l'informazione o estratto del testo giuridico si effettua con elementi circostanziali od omissioni calcolate o no¹².

D'altro canto, l'informazione inserita in queste banche di dati può dare origine a certi sottoprodotti di interesse per la sociologia o per formulare po-

11. C'è una serie di aforismi che manifestano questi poteri: «Diritto è ciò che resta dopo la sentenza»; «Viviamo sotto una legge, ma la legge è ciò che i giudici dicono che è». Cfr. anche FERNANDO LONDOÑO H., *El poder del juez*, Bogotá, Kelly, 1967.

12. Queste critiche sono state mosse, ad esempio, al «Massimario della Corte di Cassazione», in Italia, che nel 1971 cominciò ad essere elaborato mediante calcolatore. Un autore ha detto che uno dei suoi difetti «... è quello di non raccogliere le sentenze nella loro totalità, per cui può formarsi la consuetudine difettosa di considerare come precedenti massime isolate della sentenza, indipendenti dal contesto della lite e, per questo, estraneo alla sua genuina *ratio decidendi*». Cfr. PÉREZ-LUÑO, *op. cit.*, p. 68.

Si veda una chiara spiegazione del sistema con riproduzione di un facsimile della classe di risposte che fornisce RENATO BORRUSO in *La ricerca automatica della documentazione giuridica su terminali collegati da tutta Italia con il Centro Elettronico della Corte di Cassazione in Roma: una realtà pienamente operativa*, in «Informatica e diritto», Firenze, Le Monnier, anno II, gennaio-marzo '76, pp. 128-160.

litiche legislative, senza interesse diretto per *le decisioni del giudice*, o meglio per *emettere la sentenza*.

Con riferimento a quanto comunemente definiamo *giustizia*, l'applicazione della cibernetica non produsse i risultati che alcuni temevano giacché sono sempre persone, individualmente o collegialmente, coloro che emettono sentenze, senza che la desiderata o temuta *machine-made justice* sia stata realizzata. Ciononostante, non si può non riconoscere che in qualunque sistema i *processi* servono ad ottenere informazioni e a formare una determinata convinzione nel giudice sulla base degli elementi ottenuti e a facilitargli la formulazione di una sentenza *rapida e giusta*, terreno nel quale si collocano in concreto ¹³ gli esiti del rapporto fra il giudice e l'informatica.

Infine, poiché l'applicazione del Diritto implica una buona percentuale di *amministrazione*, una parte della riuscita o del fallimento di qualunque tecnica o strumento ausiliario di questo processo dipende dalla diligenza di chi dirige e prende le decisioni, a qualunque livello, ma soprattutto a quello giudiziario. Sfortunatamente ci accade di vedere Facoltà di Diritto e operatori del Diritto convinti che le tecniche che conducono ad una efficiente e, in questo caso, giusta amministrazione, nulla hanno a che vedere con noi.

3.3. *L'automazione, l'informatica e le «leggi di protezione dei dati»*. Altro aspetto interessante del rapporto Diritto-Automazione-Informatica è quello rivelato dalle definizioni *leggi di dati o per la protezione dell'informazione*. Nella terza parte di questa relazione si commenterà la tendenza crescente dei governi a regolamentare il processo elettronico dell'informazione e in particolare dell'informazione finanziaria. Anticipiamo che la banca ha un interesse legittimo per questi regolamenti che molte volte sono dettati senza prevedere determinate conseguenze e soprattutto senza calcolare quello che potrà *costare* ¹⁴ la esecuzione di certi mandati del legislatore.

Che esistano o no questi regolamenti di carattere imperativo, l'automazione e l'informatica hanno portato ad un punto tale che nessuna banca può concedersi il lusso di essere eccessivamente originale nelle sue decisioni e ancor meno pretendere di definire queste materie senza doversi confrontare con quanto hanno deciso le massime istituzioni e, in ogni caso, senza considerare ciò che più convenga a tutta la comunità bancaria e finanziaria in generale. Questo è il campo degli *accordi interbancari*, che in futuro dovranno considerare con maggiore interesse questa materia.

13. È stata del tutto scartata la possibilità che con l'aiuto della cibernetica il giudice dedicherebbe tempo ad altre attività più piacevoli e produttive invece di doverlo impiegare in compiti ripetitivi e nella ricerca di testi *legali, antecedenti o precedenti*. Noi osiamo affermare che almeno in America Latina, gli studi giuridici presentano tanto lavoro arretrato, che aggiornarlo sarebbe compito se non più gradito, almeno più produttivo.

14. Una delle principali obiezioni alla legge tedesca è, precisamente, il prezzo che le banche devono sostenere per alcune previsioni.

ALCUNE CONSEGUENZE GIURIDICHE
DELL'AUTOMAZIONE BANCARIA

Le conseguenze dell'automazione nella banca sono molteplici e in dieci anni di attività il CLAB ha avuto l'opportunità di prenderne in considerazione diverse (lavorative; amministrative; nel marketing; nell'aumento di operazioni; nei rapporti con le autorità di controllo; nei rapporti interbancari; ecc.) e nostro compito è aggiungere a questa analisi alcune considerazioni sulle conseguenze giuridiche di tutto questo processo.

In questa parte della relazione ci atterremo strettamente all'esperienza bancaria per cercare di presentare uno schema dei punti più salienti nei quali l'automazione ha prodotto, stimolato o giustificato l'ampliamento di nozioni giuridiche tradizionali o il superamento delle stesse con il loro conseguente rinnovamento, cosa che ci permetterà di arrivare alla conclusione che ci pare più evidente: l'attività bancaria e, in particolare, l'automazione bancaria si sono trasformate senza volerlo — e ciò che è più interessante, senza saperlo — in una fonte stimolante e rinnovatrice di importanti nozioni giuridiche.

4. DALL'ATTO BANCARIO MASSIVO ALLA ATTIVITÀ BANCARIA UNIVERSALE, IN CONSEGUENZA DELL'AUTOMAZIONE

Il diritto commerciale ha dedicato buona parte dei suoi sforzi a trovare il *criterio* o *elemento* che permetta di distinguere senza alcuna incertezza un'attività *commerciale* da una *civile*, problema che ci interessa poco in questa sede dal momento che nessuno pone in dubbio il carattere commerciale dell'attività bancaria. Tuttavia è bene ricordare che una parte della dottrina¹⁵ — partendo da ciò che accadeva nella realtà — postulò che il valore commerciale di un atto veniva dato dalla sua *ripetizione e realizzazione massiva*, criterio che benché fosse subito scartato incontrò la sua massima espressione in ciò che si osservava nelle banche.

Indipendentemente dall'orientamento seguito finora in qualunque paese per quanto riguarda la banca, l'automazione oltrepassò tutta la evoluzione prevista e stimolò la sua crescita con una tendenza che in questo momento sembra essere la *prestazione totale e integrata dei servizi finanziari* che è ciò che chiameremo attività bancaria universale.

L'America Latina si muove, secondo il concetto dell'impresa e della attività bancaria, fra la *banca specializzata* (secondo diversi criteri) e un'evoluzione

15. Cfr. MANUEL BROSETA PONT, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 85 ss. (*Il diritto mercantile come diritto che regola gli atti nell'insieme*).

crescente verso la *banca universale*, o *multipla* come si chiama in Messico, tema che è stato affrontato recentemente da «Felaban»¹⁶. Considerando ciò che questa parte dello studio dimostra (che codesti sono gli estremi della realtà e quale è la tendenza) ci consentiamo di affermare — a rischio d'essere unilaterali — che giungere a questa concezione (come realtà o come aspirazione) sarebbe stato impossibile se non ci fosse stato un grado adeguato di automazione a partire dal quale fosse possibile proporre l'integrazione strutturata dei servizi finanziari da un punto di vista non giuridico, ma pratico. Non è un caso, quindi, che i sistemi bancari latino-americani che presentano mediamente un alto grado di automazione siano quelli che maggiormente tendono verso questa nozione di impresa bancaria.

Quando le cose, le ipotesi o le esperienze si interiorizzano o diventano tanto evidenti, raggiungono un valore così ovvio che rendono superflue le definizioni e diventano *données* [dati] di cui bisogna tener conto, imprescindibilmente, senza che occorra neanche nominarli. Questo accade con l'automazione bancaria in riferimento alla nuova concezione giuridica dell'impresa e del negozio bancario.

5. UN AMPLIAMENTO DELLA NOZIONE DI DOMICILIO BANCARIO. IL SUPE- RAMENTO DELLA NOZIONE GIURIDICA TRADIZIONALE DI SUCCURSALE¹⁷

Le nozioni di sede centrale, succursale e agenzia si riferiscono a qualcosa che è più delle divisioni amministrative o strategiche del lavoro di un'im-

16. FERNANDO LONDOÑO HOYOS e MARICIELO GLEN DE TOBÓN, *Naturaleza y estructura jurídica de la banca en América latina*, Relazione presentata alla XII Assemblea dei Governatori della Federazione Latino-americana delle Banche, La Paz, Bolivia, novembre '78.

17. Questo argomento ha precedenti nel CLAB. In effetti, nel gennaio 1977 al VI Congresso del CLAB l'Associazione dei Banchieri del Messico affermava: «... è molto probabile che nel corso di questo o del prossimo anno, si possa conoscere qualche parola nuova che sostituisca quella di succursale, o qualche nuovo o diverso significato della parola succursale, che copra l'aspetto di casse totali di vendita a distanza». Cfr. *Il trasferimento elettronico di fondi e i sistemi di pagamento. Il loro effetto nella banca latino-americana*, in «Felaban», n. 26, febbraio '77, p. 246. Indipendentemente dal fatto che le definizioni legali lo prevedano o meno, la realtà ci mostra l'erosione inevitabile o almeno l'ampliamento del concetto giuridico tradizionale di *succursale*.

L'Associazione dei Banchieri del Messico ha preso in considerazione questi precedenti nord-americani (pp. 245 e 246):

— «È importante riferire che il procuratore generale del Kansas emise una sentenza che stabiliva che i terminali all'esterno della banca e non operati dal personale, non devono essere considerati succursali, e quindi non devono essere soggetti alle leggi che regolamentano le succursali bancarie».

— «Lo Stato di Washington è stato il primo ad emanare una legislazione specifica sul trattamento elettronico dei fondi e permette che le installazioni di casse non operate dal personale, al di fuori dei locali della banca, non siano considerate succursali ed esige anche che siano regolate da questa nuova legge».

— «D'altra parte, già nel dicembre 1974 il Ministro delle Finanze, James E. Smith, emette un decreto che liberalizza in misura notevole l'installazione di casse automatiche o operate da personale, all'esterno dei locali della banca per istituzioni bancarie nazionali; inoltre stabilisce che tali terminali non possono essere considerati succursali e pertanto non sono soggetti alle leggi statali che riguardano le succursali».

presa poiché tali nozioni suggeriscono un'interdipendenza tra loro e una capacità e responsabilità distinta in ciascuna di loro. Inoltre, perché questi concetti siano completi devono definire senza ambiguità il *domicilio* della banca e condurre all'identificazione dei suoi *rappresentanti* e della misura (capacità) con cui la possono rappresentare. Ad una attenta osservazione, sede centrale, succursali e agenzie indicano qualcosa di più della strategia geografica del negozio bancario.

Si osserva una tendenza a far prestare alla banca i suoi servizi nella sede del consumatore degli stessi, ragion per cui alcuni critici sostengono che «nel settore bancario già nel 1980, o per necessità o per scelta, sarà obbligatorio recarsi nel luogo di residenza del cliente»¹⁸, poiché i negozi che il banchiere potrà sperare di svolgere nel suo ufficio, come si è sempre fatto, sono sempre più ridotti. Comunque il semplice spostamento personale del banchiere, che è sempre esistito, non sarà sufficiente; bisognerà portare con sé gli strumenti necessari per prestare il servizio senza dover progettare l'apertura di una nuova succursale o agenzia. La risposta della tecnica non si è fatta attendere. Lo stesso autore del quale riportiamo la citazione precedente dice che gli incrementi più recenti che si osservano nell'automazione bancaria volti a questi fini sono i seguenti:

«— Terminali finanziari localizzati in punti di vendita, operati sia dai cassieri che dai clienti.

— Distribuire terminali di cassa remoti mediante istituti finanziari.

— Sistemi per garantire e verificare gli assegni.

— Sistemi di autorizzazione di crediti estendibili a ogni parte del paese, che siano all'esterno e all'interno della banca»¹⁹.

Questo quadro di verifica e tendenze ci permette di concordare con quanto segue:

La banca può prestare certi servizi (assumere giuridicamente diritti e obblighi) senza la necessità di stabilire una succursale o agenzia come è nel caso del primo esempio che l'autore citato offre: le casse automatiche, le macchine distributrici di traveller checks²⁰, e simili.

Per molteplici ragioni la banca e altri istituti finanziari possono trovare conveniente «distribuire terminali di cassa remoti» o altro tipo di servizio esterno senza necessità di installare una «succursale».

Per continuare con i dati considerati, risultano spiegabili e a volte interessanti certi servizi bancari volti non a garantire altro obbligo o negozio,

18. WILLIAM S. ANDERSON, *Perspectivas en el ambiente della banca: posible estructura del negocio bancario en la década de 1980. La influencia de los sistemas de transferencia electrónica de fondos*, in «Felaban», n. 31, settembre '78, p. 67.

19. ANDERSON, *ibid.*, p. 58.

20. ANDERSON, *ibid.*, p. 63.

ma a completare o a «creare» la fiducia che il pubblico ha perduto o che per altre ragioni è impossibile riscuotere per effettuare certe operazioni — negli esempi proposti, accettare un titolo valore come pagamento e vendere a credito —; tutto questo può funzionare «tanto dentro che fuori della banca».

Riteniamo non sia necessario aggiungere altri esempi per concludere che un nuovo concetto di negozio bancario, che inizia ad essere realtà grazie all'automazione, amplia la nozione tradizionale di succursale (nella sua accezione giuridica) e di domicilio bancario. Non è un semplice modo di dire affermare che siamo nella «era delle agenzie *portatili*, sotto forma di terminali in punti di servizio e casse automatiche»²¹.

6. ALCUNE IPOTESI E CONSEGUENZE GIURIDICHE DEI SISTEMI DI TRASFERIMENTO ELETTRONICO DI FONDI²²

Nella rivista «Felaban», nn. 26 e 31²³ si possono vedere alcune delle ragioni che portarono la banca ad occuparsi di questo argomento; in questa parte intendiamo giustificare un approccio giuridico allo stesso. Il TEF si inserisce nel discorso più generale dei *sistemi di pagamento* e, come accade con i nuovi meccanismi e istituzioni giuridiche, la sua presenza nel traffico mercantile sarà *contemporanea* a quella di sistemi di pagamento tradizionali giacché, come opinioni autorevoli dimostrano, l'uso dell'assegno continuerà ancora²⁴ a preoccupare per le sue vicissitudini, e, per esempio, le percentuali di pagamenti in denaro contante — che sembra essere l'obiettivo più ambito del TEF — continueranno ad essere così alte quanto lo sono state finora²⁵. Quello che le banche non potranno accettare è il paradosso che mentre «l'automazione della contabilità e dei sistemi di cambio ha permesso di ribassare i costi per questi settori; proporzionalmente risulta più costosa la manipolazione del denaro contante»²⁶.

Prima di andare avanti, identifichiamo i fili conduttori che giustificheranno la considerazione, le conseguenze e le ipotesi giuridiche del TEF:

21. ANDERSON, *ibid.*, p. 69.

22. Tra gli altri, si possono vedere i seguenti documenti: *Proceedings of V International Conference on Payment Systems*, Associazione dei Banchieri del Messico, giugno 1977; *EFT in United States. Policy recommendations and the public interest (The final report of the national commission on electronic funds transfers)*, Washington, s. e., 1977.

23. Cfr. ANDERSON, *op. cit.*, e Associazione dei Banchieri del Messico, *La trasferencia electrónica de fondos...*, cit.

24. Cfr. ANDERSON, *op. cit.*, pp. 65 e 69.

25. Cfr. W. G. KNEALE, *Actitud de los clientes frente a la automatización bancaria*, in «Felaban», n. 31, settembre '78. La tavola 4 di questo studio rivela che nel Regno Unito i pagamenti in denaro contante costituiscono l'89% del totale dei pagamenti. La conclusione di questo documento è significativa per le nostre affermazioni: «Il Regno Unito continua ad essere una società retta dal denaro contante e le quattro banche commerciali più importanti predominano nei trasferimenti di denaro» (p. 132).

In primo luogo, un sistema che voglia la qualifica di TEF deve essere stato progettato «per eliminare il flusso di documenti di carta fra le banche, fra i clienti e le loro banche o fra la banca e le imprese», o «per interrompere un flusso di documenti di carta, effettuare alcune operazioni del procedimento e generare un flusso di nuovi documenti»²⁷. Questa *condizione* ci appare chiara e sufficiente a giustificare un primo approccio giuridico ai sistemi di TEF, volto a verificare *ciò che accade* con questi *incartamenti* il cui flusso è eliminato, ridotto o interrotto. I termini *documento di carta* o *incartamenti* utilizzati correntemente nell'attività bancaria hanno un valore implicito che ci evita qualsiasi spiegazione, ma è bene ricordare che gli incartamenti che l'attività bancaria utilizza sono importanti perché *provano* o *incorporano* diritti, obbligazioni e/o valori, ovvero, perché hanno un *significato giuridico*.

Riassumendo, a questo punto, si può dire che la preoccupazione giuridica è quella di cercare un buon sostituto di questi incartamenti e di domandarsi se il significato giuridico del nuovo elemento che li sostituisce resterà uguale.

In secondo luogo, un sistema che voglia essere qualificato come TEF deve essere stato «progettato per prestare... servizi bancari... al cliente o ai clienti *al di fuori dell'area degli uffici bancari*»²⁸. L'impegno giuridico principale che questo richiede – per ora – è stato in parte descritto nel paragrafo 5.

In terzo luogo, i sistemi di TEF implicano il trasferimento alla banca di una serie di gestioni che si devono definire secondo la struttura che si adotta e l'aumento della sua efficienza (giuridicamente, responsabilità), giacché se il *desideratum* è «eliminare completamente la necessità di registrare su carta le transazioni individuali»²⁹, ciò non vuol dire che si elimini l'*informazione* né che si diminuisca la *sicurezza* (di ogni tipo) offerta dagli attuali strumenti o sistemi di pagamento che sarebbero «sostituiti». Ciò che ci interessa evidenziare è che i rapporti e i compromessi banca-finanziatore, banca-consumatore e finanziatore-consumatore, dovranno essere riconsiderati per l'influenza diretta del TEF.

Infine, data la natura giuridica dell'attività bancaria³⁰, in tutto il processo di TEF i regolamenti delle autorità capaci di orientare o controllare il negozio bancario e gli *accordi interbancari*, ovvero le decisioni e i compromessi collettivi del rispettivo sistema bancario, costituiranno un documento molto importante.

Basandoci su questi presupposti, possiamo tentare di delineare uno schema delle conseguenze giuridiche del TEF che sarà incompleto, fra le altre cose,

26. W. G. KNEALE, *op. cit.*, pp. 127-128.

27. Cfr. Associazione dei Banchieri del Messico, *La trasferencia electrónica...*, cit., p. 238.

28. Cfr. Associazione dei Banchieri del Messico, *La trasferencia electrónica...*, cit., p. 238.

29. Cfr. Associazione dei Banchieri del Messico, *La trasferencia electrónica...*, cit., p. 241.

30. F. LONDOÑO HOYOS e M. GLEN DE TOBÓN, *op. cit.*

perché il TEF, per quanto attuale e presente in vari sistemi bancari e commerciali, non ha un progetto definitivo, e prima della mutata possibilità di sviluppi, l'espressione ha finito con l'essere un *genere* più che altro del linguaggio bancario, che ingloba una serie insospettata di soluzioni. Per questa ragione, in forma preliminare, il TEF ci suggerisce, *giuridicamente*, le seguenti considerazioni:

6.1. *La qualifica del servizio bancario in un punto di vendita.* Se il sistema di TEF include la prestazione del servizio bancario in un *punto* di vendita (l'azienda del fornitore di beni o servizi, per esempio), in qualsiasi momento dovrà precisare la natura di questa «attività» bancaria (che può richiedere o meno impiegati della banca), a quali condizioni e con quale responsabilità il fornitore dei beni o servizi ha possibilità di accesso alle operazioni e sotto quale regolamento (concordato tra le banche o imposto dalla autorità di controllo) varie banche possono distribuire i dipendenti ed i sistemi installati nel *punto di vendita* o da lì operati.

Riassumendo, l'attenzione giuridica va concentrata su un'agile e semplice regolamentazione di queste succursali *portatili*, come qualcuno le ha chiamate, volta ad assicurare un'ottima prestazione del servizio e a fissare le responsabilità dei suoi attori cioè della banca, del fornitore e del consumatore.

6.2. *Dal «documento carta» al «documento elettronico».* Che il trasferimento elettronico di fondi coinvolga o meno un punto di vendita, in ogni caso ci sarà un cambio di prospettiva e di importanza nel concetto di *documento bancario* e, probabilmente, una modifica, sia pure parziale, nel *modo di provare* l'operazione di TEF e le sue diverse relazioni e fasi.

Finora, come è chiaro, l'informazione con cui le banche lavorano si basa su *documenti di carta* mentre «con il TEF potremmo giungere ad un sistema... che... può eliminare completamente la necessità di registrare su carta le transazioni», cosa che prospetta al Diritto molteplici preoccupazioni ed inconvenienti individuati nei seguenti aspetti:

Una buona parte dell'informazione bancaria non avrà origine, né procederà, né sarà conservata mediante documenti scritti fino a quando avrà come *base* in tutte o alcune delle sue fasi *documenti distinti*³¹ come nastri e dischi magnetici, cassette, e altre forme simili di «registrazione», procedimento o memorizzazione di dati, il che, d'altra parte, porterà il linguaggio di ogni operazione ad un livello di *formalizzazione e standardizzazione* che

31. In questa relazione attribuiamo alla parola documento il significato attribuitole nell'articolo 251 del Codice di Procedura Civile della Colombia: «Sono documenti gli scritti, gli stampati, le piante, i disegni, i quadri, le fotografie, le pellicole cinematografiche, i dischi, le registrazioni magnetiche, le radiografie, i contrassegni, i tagliandi, le etichette, i bolli e, in generale, ogni oggetto mobile che abbia carattere rappresentativo o dichiarativo e le iscrizioni su lapidi, monumenti, edifici, e similari...».

predisponga al massimo la loro conversione nel linguaggio della macchina e nel suo procedimento elettronico. Questa evoluzione non garantisce che in tutte le fasi si possa convertire questo documento in un *documento carta* per soddisfare le esigenze legali vigenti, o le semplici tradizioni contrattuali, ragioni per cui sarà necessario un riadattamento di abitudini³² ed una ulteriore modifica dei procedimenti affinché la banca non si veda costretta a un parallelismo inutile e costoso: ottenere, utilizzare e conservare l'informazione con i nuovi mezzi descritti e assicurare la possibilità di riprodurre le forme del sistema precedente per soddisfare gli increduli o le formalità legali che non mancheranno. È risaputo che l'utilizzazione di queste innovazioni è legata alla loro capacità di conservare allo stesso tempo — e non solo come sostegno — la possibilità di *fare tutto* secondo il vecchio metodo.

Da quanto abbiamo appena affermato si deduce un ampliamento o mutamento di prospettiva in riferimento alla *prova* delle operazioni richieste in un sistema di TEF, contemporaneo al passaggio dal «documento di carta» al «documento elettronico», argomento che, non essendo esclusivo del TEF, ci proponiamo di esaminare più avanti.

Le forme mediante le quali si costituiscono i diritti e gli obblighi diventano i loro mezzi probatori più adeguati. Per questo, ciò che chiameremo «documento elettronico», avrà una particolare importanza per provare i riferimenti di un TEF e, in generale, ogni volta che la banca o un terzo debba *giustificare* i suoi diritti, e l'unico mezzo per farlo è un *supporto* di questo tipo, tramutabile o meno in documento scritto su carta.

6.3. *I rapporti con «l'utente».* Infine, il TEF semplificherà gli attuali procedimenti per concordare e approvare la vendita tra il fornitore del bene o servizio e l'utente riducendo e modificando i «formulari» con cui attualmente si registra l'operazione, a volte eliminandone alcuni ed eventualmente sostituendo quelli che fino ad ora *provano la vendita* (per esempio, la fattura commerciale) con quelli che si utilizzano per pagare (per esempio, l'assegno), come si osserva attualmente negli Stati Uniti con l'«assegno-fattura».

Il quadro delle conseguenze giuridiche del TEF sarebbe ancora più incompleto se non avvertissimo la presenza dell'*utente*. «Il terzo grande attore in questo scenario — nel TEF — è, senza dubbio, l'utente. Ovviamente, l'esito... completo dipende dalla sua reazione personale. *L'utente non è scontento degli attuali sistemi di pagamento*; riscontra nel denaro contante il mezzo ideale per alcuni dei 200 miliardi di transazioni annuali; egli è abituato ad usare gli assegni e attualmente ne rilascia circa 30 miliardi ogni anno. Inoltre, ha accettato con poco entusiasmo le carte di credito, ma *per lui il trasferimento elettronico di fondi è, per altro, al-*

32. Cfr. U. M. MALUF, *El problema de la readaptación humana en la empresa automatizada*, in «Felaban», n. 14, febbraio '73, pp. 73 ss.

*quanto misterioso e vuole prima comprendere in che modo se ne potrà avvantaggiare»*³³. E a nessuno sfugge che un sequestro, una ipoteca o insicurezza *giuridiche*, sono cose di cui indubbiamente l'utente non beneficerà affatto, ragione di più per insistere che il Diritto dovrà definire un quadro chiaro di partecipazione e responsabilità, in particolare per quel che riguarda l'utente.

33. Cfr. ANDERSON, *op. cit.*, p. 65.