

## Il pagamento a mezzo carta di credito: tra cessione e delegazione

Di Maurizio Onza

3 marzo 2003

### Piano dell'indagine e aspetti metodologici

Tra gli strumenti di pagamento ritenuti socio-economicamente alternativi alla moneta avente corso legale, la carta di credito solleva diverse quaestiones giuridiche; in questa sede, si intende riflettere sugli aspetti fisiologici e, per contrappunto, patologici della sua struttura e della sua funzione. Si tratta di una scelta di metodo che si basa su alcune considerazioni; in primis, nella carta di credito, gli interessi di ciascuna parte non sono (e non devono essere valutati e studiati come) contrapposti (lato sensu) a quelli di una o più controparti ma si inseriscono in una complessa operazione, teleologicamente costruita per soddisfare pienamente una pluralità di interessi in un'architettura giuridica scomponibile in una serie di rapporti, il tessuto connettivo dei quali si rinviene in alcuni contratti stipulati preventivamente dai soggetti - eterogenei - coinvolti nella vicenda (a tal proposito, semanticamente più corretta sarebbe la locuzione "operazione di pagamento a mezzo carta di credito"); in connessione ed in secondo luogo, pensare la carta in termini di esclusiva tutela del consumatore (soggetto, rectius categoria di soggetti ritenuta socio-economicamente più debole) potrebbe – come si cercherà di dimostrare in seguito - quoad effectum risultare, in ultima analisi, tautologico, frustrando proprio quelle esigenze giuridicamente nonché economicamente degne di adeguata garanzia e protezione; infine, i singoli aspetti di consumer protection (si pensi all'analisi della comprensibilità lessicale delle clausole contrattuali ed alla tutela della privacy) devono essere oggetto di studi di settore, necessitando un inquadramento, appunto, settoriale che possa fornire adeguati modelli di riferimento. Vale a dire che l'analisi consumer oriented non può essere definita prima ed indipendentemente dalle specificità strutturali e funzionali della carta di credito, sulla base, cioè, di una precomprensione dissociata dagli elementi costitutivi della fattispecie, quali risultano effettivamente dalla normativa propria della carta, ragionando perciò nel sistema del diritto positivo.

Il metodo delineato si propone di ricercare una ricostruzione della struttura della carta di credito che possa ad un tempo ritenersi plausibile giuridicamente e funzionale, in termini di sintassi di interessi, ad una "concreta" allocazione equa degli oneri contrattuali ed extra-contrattuali. Occorre una precisazione: per non cedere alla tanto legittima quanto pericolosa tentazione di utilizzare l'equità (filosoficamente intesa) come giudizio di valore, correndo il rischio di plasmare la realtà economica in schemi difficilmente giustificabili giuridicamente - forzando e distorto il dato positivo -, miglior partito sembra, piuttosto, quello della comparazione tecnica e, perciò, (tendenzialmente) più "neutrale" delle ipotesi normative

maggiormente aderenti naturaliter alla fattispecie concreta, valutandone i costi ed i benefici per i soggetti che ne sono partecipi. Questa via è del resto imposta dall'assenza di un referente legislativo che offra una precisa indicazione sulla natura del fenomeno de quo; l'unico intervento è contenuto nell'art. 12 della legge 197/1991, concernente le conseguenze penali dell'utilizzo indebito e della falsificazione e/o alterazione delle carte di pagamento. Se si riesce nell'intento dichiarato, lo studio dovrebbe portare alla piena consapevolezza di "chi ci guadagna e di chi ci perde" scegliendo l'una o altra tesi; scelta di valore che comporta una responsabilità dichiarata.

In breve, in questo caso sembra conveniente comparare schemi giuridici noti - applicabili alla fattispecie - in funzione dei quali valutare comparativamente le ricadute di efficienza di tutela del consumatore, salvo auspicare de iure condendo, se le conclusioni tratte riscontrassero un deficit di protezione, un intervento ad hoc del legislatore. In via preliminare, bisogna inquadrare la "vicenda" delle carte di credito nell'ambito dei sistemi di pagamento alternativi e sostitutivi della moneta legale, chiarendone la fisionomia strutturale e funzionale.

### **Nozioni generali: le carte di credito e le altre carte di pagamento**

La carta di credito, in prima battuta, si atteggia come veicolo documentale di un'operazione complessa, scomponibile in una pluralità di rapporti, la funzione costante della quale consiste nel procurare al consumatore l'accesso a beni o servizi presso selezionati esercenti evitando, attraverso la presentazione della carta, il versamento immediato del prezzo.

Questa funzione si realizza tecnicamente con la previsione di un differimento nel pagamento del prezzo concesso direttamente dall'esercente, carte cd. bilaterali, oppure da un terzo soggetto, carte cd. trilaterali. Per completezza espositiva e per contiguità concettuale, occorre richiamare l'attenzione sulle carte cd. pre-pagate (concepibili sia in "versione" bilaterale sia trilaterale) nelle quali l'intervallum temporis, comunque presente, viene invertito, pagando l'utente i servizi - questa l'ipotesi più diffusa ma nulla vieta che si tratti di beni - anticipatamente rispetto al momento della loro fruizione.

In ogni caso, il differimento costituisce, qualificando la carta di credito, l'elemento centrale della fattispecie idoneo a differenziarla dalle figure economiche e giuridiche affini, in particolare dalle carte di debito (v. la carta cd. Bancomat-P.O.S.) nelle quali l'addebito per il titolare è sempre immediato, realizzando un trasferimento elettronico di fondi. La precisazione appare necessaria ed utile; utile alla chiarezza, poiché la velocità di espansione dei mezzi di pagamento alternativi (lato sensu) alla moneta legale comporta la presenza sul mercato di molteplici tipi di carte che i soggetti emittenti, differenziando e coordinando i servizi offerti con la relativa domanda, adattano alle peculiari esigenze delle diverse categorie di utenza, accentrando i servizi offerti in un'unica carta multifunzionale; cosicché lo stesso documento può essere utilizzato come carta di credito o come carta di debito e non è affatto scontato che il consumatore ne conosca in modo completo differenze ed implicazioni.

Necessaria alla corretta ricostruzione giuridica, in quanto si riscontrano delle diversità strutturali compendiabili nella ineluttabile previsione, in caso di debit cards, di un rapporto di conto-corrente tra il titolare ed il soggetto emittente che, di conseguenza, non può che essere un istituto di credito; viceversa, nelle carte di credito, l'emittente è l'esercente (carte cd. bilaterali) o un soggetto intermediario (carte cd. trilaterali) il quale, di norma e storicamente,

non è una banca. Non è rilevante, per questi fini, che nelle credit cards si possa da un lato, utilizzando il sistema P.O.S., accreditare con decorrenza pressoché immediata il conto dell'esercente e dall'altro prevedere convenzionalmente particolari regolamenti esecutivi che dispongano gli addebitamenti e gli accreditamenti, conseguenti all'uso della carta, attraverso una banca; nel primo caso, ciò che conta è la presenza del differimento per il titolare, il quale fruisce comunque della posticipazione del pagamento; nel secondo caso, le modalità di accreditamento e di addebitamento, essendo esecutive, si atteggiavano come autonome e strumentali, collocabili quindi in un'area strutturalmente estranea ai rapporti obbligatori instaurati tra i protagonisti dell'operazione.

Il differimento nel pagamento del prezzo, concludendo sul punto, costituisce il criterio di fondo per distinguere nell'ambito delle carte di pagamento le carte di debito, che consentono un addebito immediato del debito ex pretio dei beni e dei servizi oggetto della transazione, e le carte di credito che, al contrario, prevedono un regolamento tra titolare ed emittente differito. Fin qui si è presupposta la natura di strumento di pagamento della carta di credito; un postulato che, a ben vedere, solleva una serie di dubbi e perplessità dei quali, nel proseguire lo studio, ci si deve far carico.

Basti, per ora, ricordare che alcune autorevoli dottrine anglosassoni finiscono per considerare la carta di credito, alternativamente, come uno strumento di pagamento (new cash) o mezzo di credito (new credit), in base al modo in cui il differimento si atteggia nei rapporti tra il titolare e l'emittente. Nell'un caso, il rimborso all'emittente, pur posticipato rispetto all'operazione commerciale sottostante, viene effettuato in un'unica soluzione, senza corresponsione di interessi, a ricevimento di un estratto conto inviato a precise scadenze predeterminate (cd. charge cards); nell'altro, il titolare rimborsa l'emittente ratealmente e con corresponsione di interessi (cd. credit cards). In realtà, si cercherà di dimostrare come in entrambe le ipotesi, essendo sempre presente un differimento e non incidendo sulla struttura e sulla funzione complessiva dell'operazione l'atteggiarsi della modalità di rimborso, si debba ragionare in chiave di funzione di pagamento. In limine, altre due annotazioni; le carte che abilitano al prelievo di denaro contante (secondo la terminologia ex art. 12, cit.) svolgono una funzione propriamente antitetica a quella delle carte di credito e di pagamento, facilitando la disponibilità materiale del denaro.

Nelle carte cd. pre-pagate, il pagamento è anticipato e, se simmetricamente ai trasferimenti elettronici di fondi (al momento del pagamento) il debito ex pretio viene "scalato" immediatamente dalla carta, rectius dall'importo pre-caricato, nondimeno rimane in questa un differimento nel pagamento del prezzo, sia pur soggettivamente ed oggettivamente "invertito": ne gode l'imprenditore prestatore di beni e di servizi ed ha per oggetto la prestazione di quest'ultimo, mentre il rimborso all'emittente, rectius la "ricarica" della carta è rimessa interamente alla volontà del suo proprietario.

### **Le carte di credito cd. trilaterali**

I problemi giuridici di più attuali e più interessanti si riscontrano nella carta cd. trilaterale (d'ora in poi, carta), in cui si assiste ad un'ipotesi di intermediazione nel pagamento: nel rapporto bilaterale debitore-creditore si posiziona un soggetto qualificato che svolge professionalmente l'attività de qua, mettendo a disposizione un prodotto finanziario sotto una denominazione specifica e normalmente con una rete per l'esecuzione delle operazioni. La sua fisionomia giuridica, articolata e complessa perché, si è visto, serve più interessi, è costituita da due contratti che le parti stipulano preventivamente: la convenzione di abbonamento (o di

associazione) tra l'emittente e il fornitore ed il contratto di rilascio tra l'emittente e l'utilizzatore della carta. Il contratto di scambio, poi, concluso tra l'esercente convenzionato ed il consumatore, salda la trilateralità della vicenda.

Ciascun emittente ha predisposto un regolamento generale che si "distribuisce" nelle due convenzioni, di associazione e di rilascio. Pur nella varietà delle diverse programmazioni, si possono riscontrare una serie di regole costanti che consentono la ricostruzione della "vicenda" in termini unitari e, nello stesso tempo, sono necessarie (e sufficienti) alla comprensione della sua funzione e della sua struttura.

Sinteticamente, in termini essenziali, ai sensi del contratto di associazione l'esercente si impegna a vendere beni e servizi ad ogni titolare della carta senza pretendere la corresponsione immediata del relativo prezzo in contanti, previa esibizione della carta e sottoscrizione di un documento (variamente denominato: nota di spesa, ordinativo di spesa, memorandum di spesa, documento di vendita, sale slip) sul quale sono riportati gli estremi dell'operazione conclusa (tipo, quantità, prezzo unitario e globale della merce o del servizio) ed alcuni dati relativi – ma qui le prassi pattizie sono eterogenee - al portatore ed alla carta (intestazione, numero, scadenza). L'emittente si obbliga a pagare, entro un breve termine, all'esercente gli importi delle note di spesa trattenendo a proprio favore una determinata quota – fissa e definita in relazione alla categoria merceologica dell'esercente aderente al circuito - dell'importo fatturato (cd. disaggio).

In virtù dell'accordo stipulato fra l'emittente ed il titolare (contratto di rilascio) il primo, dietro corrispettivo di una commissione annua (cd. canone), generalmente di modico importo, rilascia al secondo la carta di credito – assegnandone solo il possesso, rimanendo la proprietà in capo all'emittente - a mezzo della quale è legittimato ad effettuare acquisti presso gli esercenti convenzionati senza pagamento immediato del prezzo. Il titolare si impegna a corrispondere all'emittente, alle scadenze pattuite e dietro distinta analitica riportata in apposito estratto conto (di norma mensile), il prezzo (qui integrale) dei beni e dei servizi acquistati e goduti – presso gli esercenti convenzionati - in un determinato lasso di tempo (cd. periodo di contabilizzazione).

### **Carta di credito e profili di credito al consumo: la clausola di inopponibilità delle eccezioni e una possibile via di consumer protection?**

Riassunta l'operazione di pagamento a mezzo carta di credito, si intuisce il primo problema di tutela del consumatore di cui è necessario occuparsi, conseguenza diretta del differimento (a parte debitoris) e dell'intermediazione nel pagamento (a parte creditoris). Infatti è regolarmente contenuta nelle convenzioni di rilascio presenti sul mercato una clausola di inopponibilità delle eccezioni, in forza della quale si preclude preventivamente all'utente il diritto di opporre le eccezioni nei confronti dell'emittente in ordine alla fornitura di beni e servizi acquistati con l'uso della carta: di conseguenza, il rapporto tra il consumatore e l'istituto emittente è convenzionalmente insensibile alle vicende del contratto commerciale.

La dottrina giuridica - animata da un'apprezzabile intento di garantire un'equa distribuzione di interessi o, se si vuole, di sintassi di interessi - ha cercato di sanare tale "anomalia", acuendone e "drammatizzandone" il significato (al segno di considerarla come una sorta di "titolo astratto"), attraverso la riconduzione della fattispecie nell'area degli strumenti di credito al consumo; in entrambi i casi si riscontra una dissociazione funzionale tra l'acquisto e il credito mentre il collegamento strutturale, elemento che offre il necessario rilievo giuridico

all'unitarietà economica delle operazioni di credito al consumo, nella carta non solo manca ma è positivamente escluso dalle parti.

La soluzione, quindi, consiste nell'instaurare giuridicamente, come appare naturale in un'ottica centrata sul credito al consumo, un nesso tra acquisto e credito per fondare una (se non altro, cor)responsabilità dell'emittente "per ogni disfunzione" del contratto di acquisto delle merci o di utenza dei servizi. Un risultato raggiungibile – in via alternativa o cumulativa - in due modi: si può elaborare "dogmaticamente" la carta di credito in chiave di esclusiva tutela del consumatore, creando (e/o cercando) una ricostruzione giuridica a ciò preordinata e riconoscendo, nella volontà dei contraenti o nella struttura dei contratti in gioco, il collegamento giuridico tra la fase dell'acquisto e quella del credito cosicché la funzione economica (supposta) unitaria dell'operazione complessiva si "riempia" di contenuto, appunto, giuridico oppure si prevede all'interno dell'ordinamento una normativa che sia mirata e calibrata dal legislatore verso una (ritenuta) equa ripartizione dei rischi.

Nelle ipotesi dogmatiche, si pone l'accento sull'invalidità (i.e. nullità) della clausola de qua perché contraria alla buona fede; prescindendo dal rischio di una tutela inefficiente - *quoad effectum* - ricorrendo alla clausole generali (basti pensare alle conseguenze di tale invalidità), risulta tecnicamente difficoltoso sostenere la presenza nell'ordinamento positivo di un'*exceptio doli generalis innominata*.

Né, come è stato autorevolmente proposto, la soluzione parrebbe cambiare considerando i tre contratti collegati giuridicamente in un'unitaria operazione complessiva, contestualizzando, in un sistema di causalità rafforzata, la buona fede; trascurando l'incertezza dei confini della teoria del collegamento negoziale, sembra piuttosto arduo superare l'assenza di un rapporto strutturale di dipendenza del tipo *simul stabunt, simul cadent*, al contrario convenzionalmente escluso. Si rischierebbe di cadere in una petizione di principio: la nullità di una clausola contrattuale si fonda sull'unitarietà – strutturale - dell'operazione, sancita dallo (stesso) assetto contrattuale predisposto dalle parti; invece la *quaestio voluntatis* si risolve, nel caso di specie, osservando che l'intento delle parti mira a separare (piuttosto che ad unire) i tre contratti, sebbene economicamente non si possa negare un collegamento, per così dire, nella funzione unitariamente considerata.

*Rebus sic stantibus*, rimane la possibilità che il collegamento giuridico tra acquisto e credito - dal quale deriva, nella prospettiva del credito al consumo, l'invalidità della clausola di inopponibilità delle eccezioni - sia istituito da un intervento legislativo che dia rilevanza giuridica "dall'esterno" al nesso (socio-economicamente) funzionale comunque presente nell'operazione di pagamento a mezzo carta di credito; un esempio di connessione *ope legis* è costituito dal Consumer Credit Act inglese del 1974 (in particolare, la Sect. 75). Nell'ordinamento italiano, attualmente, il credito al consumo è disciplinato dagli artt. 121-126 del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Se ne dovrebbe dedurre l'applicabilità alla fattispecie in esame.

Tuttavia bisogna considerare: 1) le norme de quibus non includono la carta, riferendosi genericamente alla "concessione, nell'esercizio di una attività commerciale e professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento o di altra analoga facilitazione finanziaria (...)", (art. 121, cit., corsivo mio) 2) per il consumatore la dilazione non ha carattere oneroso mentre l'art. 121, 4° comma, lett. c, esclude l'applicazione della disciplina de qua "ai finanziamenti rimborsabili in un'unica soluzione entro diciotto mesi, con il solo eventuale addebito di oneri non calcolati in forma di interesse, purché previsti contrattualmente nel loro ammontare", nonché la lettera dello stesso articolo esclude anche i "finanziamenti privi, direttamente o indirettamente, di corrispettivo di interessi o di altri oneri, fatta eccezione per il rimborso delle spese vive sostenute e documentate".

Peraltro, lo spazio giuridico di applicabilità delle norme citate si potrebbe ipotizzare nel caso in cui il titolare della carta scelga – opzione prevista in tutte le principali convenzioni di rilascio – un piano rateale di rimborso all'emittente, pagando dunque gli interessi; ma data (e, forse, concessa) l'applicabilità "generale" della citata normativa sul credito al consumo, l'operatività delle "disposizioni varie a tutela del consumatore" (così, in rubrica, l'art. 125, cit.) dipende dal ricorrere in concreto delle condizioni specificate.

La norma più interessante, ai fini del ragionamento fin qui condotto, concerne la possibilità per il consumatore di agire contro il finanziatore "nei limiti del credito concesso" a fronte dell'inadempimento del fornitore di beni e servizi (cfr. art. 125, 4° comma); l'esercizio di questo diritto è, però, assoggettato dal precetto normativo al rispetto di due requisiti consistenti: i) nell'inutile costituzione in mora del fornitore di beni e servizi ii) nell'esistenza di un accordo che attribuisce al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore. Quest'ultima condizione non sembrerebbe essere soddisfatta nei sistemi attuali di carte dove l'esercente è libero di aderire contestualmente anche ad altri circuiti.

Allo stato, il diritto positivo non sembrerebbe consentire la possibilità di una consumer protection, nel pagamento a mezzo carta di credito, (esclusivamente) affidata alla normativa sulle operazioni di credito al consumo; ne discende l'importanza di una riflessione sulle altre vie percorribili giuridicamente, scopo primario del presente lavoro.

### **La funzione della carta di credito: il titolo giuridico del differimento**

Conviene sciogliere una riserva accennata in apertura: la funzione della carta. Le teorie che riconducono la carta al credito al consumo sembrano mascherare un, per così dire, "arrière pensée": che la carta di credito, in ragione del differimento, svolga una funzione di credito, riconducendola, per questa via, al gruppo di contratti qualificati dalla causa credendi.

Trascurando gli aspetti squisitamente giuridici (compendiabili nella ricerca del corrispettivo), a ben vedere il differimento indica la specificità funzionale del pagamento a mezzo carta di credito: garantisce la concentrazione degli adempimenti.

Quindi, in sé considerato, strutturalmente non qualifica autonomamente la fattispecie – non influisce, cioè, per sua natura sulla conformazione del contenuto dell'obbligazione ex pretio al cui adempimento la carta è preposta - rilevando tecnicamente come "modalità di rimborso"; mentre, questo è il punto, qualifica e tipizza il pagamento sul (diverso) piano funzionale, attribuendo alla carta la capacità di essere impiegata per "una serie eterogenea di rapporti resi omogenei per il debitore attraverso la concentrazione degli adempimenti".

Quid iuris se si opta per il piano di rimborso rateale? Secondo la ratio del ragionamento proposto, si innesta sul contratto di rilascio un autonomo contratto di credito produttivo degli interessi corrispettivi, fattore proprio della causa dei contratti di credito costituita, per il tradens, dalla percezione degli interessi mentre per l'accipiens dalla temporanea disponibilità del denaro. La causa di "finanziamento" resta confinata in un ambito strutturale esterno alla carta, atteggiandosi, per questo rispetto nella carta, come modalità di rimborso; in altri termini, non attiene al suo funzionamento "fisiologico".

Quest'opinione è accreditata "empiricamente" dalla circostanza che la facilitazione creditizia collegata all'uso della carta, originando una dilazione ulteriore rispetto al differimento - tecnico,

in quanto è economicamente necessaria, nella prospettiva dell'emittente, la previsione istituzionale e generalizzata della concentrazione, con periodicità fissa, della contabilizzazione e dell'addebito delle spese effettuate dai titolari – la facilitazione, dicevo, è concessa normalmente da un'entità diversa da quella emittente ed in particolare da una banca partecipante al sistema; ma quand'anche i due soggetti dovessero coincidere (come accade in alcuni circuiti), le due operazioni rimangono concettualmente distinte ed il medesimo ente si trova ad operare in una duplice capacità, di emittente della carta e di banca.

Questa linea interpretativa consente da un canto di inserire nel genus delle carte di credito sia le carte cd. bilaterali sia le carte cd. trilaterali, quale che sia la modalità di rimborso (credit cards e charge cards, secondo la terminologia anglosassone) nonché, bisogna aggiungere, le carte cd. pre-pagate, tutte accomunate dalla possibilità di evitare il contestuale esborso di contanti (inteso come scambio brevi manu della moneta - così nel pagamento con moneta avente corso legale) e dall'altro consente di delineare il "valore aggiunto" per il portatore della carta di credito rispetto agli altri mezzi di pagamento lato sensu: non solo si evita il contestuale esborso di contanti ma la carta di credito determina – a mezzo della distantia temporis - un unico pagamento per una pluralità di acquisti effettuati in un arco di tempo prestabilito. In altre parole, accanto al vantaggio di evitare l'esborso contestuale di denaro, comune ad altri strumenti di pagamento (v. assegno e debit card), il titolare della credit card, godendo del differimento, rectius attraverso la distantia temporis corre "al più" una sola volta – ma, usualmente, i rapporti emittente-titolare sono eseguiti a mezzo banca - i rischi del trasporto di denaro, pagando una sola volta per una pluralità di acquisti effettuati in un certo tempo. La carta di credito è un mezzo di pagamento alternativo (stricto sensu) alla numeratio pecuniae ed, in tal senso, autorevole dottrina ne ha ravvisato la "terza generazione dei mezzi di pagamento".

### **Due prospettive ricostruttive: la cessione del credito e la delegazione di pagamento**

La funzione e la struttura della carta di credito cd. trilaterale, così ricostruite, palesano il meccanismo giuridico attivato nella fattispecie: una sostituzione nel pagamento o, più correttamente, una modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio. Il lavoro deve concentrarsi sullo studio della natura di tale sostituzione; e, va da sé, se al centro vi è un pagamento, rectius un'obbligazione con una sostituzione non vi è alternativa: può operare nel lato attivo o in quello passivo, tertium non datur.

L'orientamento che utilizza il modello della sostituzione nel lato attivo del rapporto obbligatorio visualizza la spendita della carta di credito dal punto di vista dell'esercente convenzionato, applicando l'istituto della cessione del credito (artt. 1260 e ss. c.c.). In particolare, si tratta di una cessione pro-soluto di crediti futuri; i crediti che il fornitore vanta verso il consumatore-titolare della carta - derivanti dai contratti di vendita di beni e/o servizi tra loro conclusi - si trasferiscono, per il solo fatto che essi vengono ad esistenza e nel momento stesso in cui vengono ad esistenza, dal fornitore (cedente) all'emittente (cessionario).

Il contratto tra fornitore ed emittente - la convenzione di abbonamento - si qualifica come vendita di crediti futuri: di tutti i crediti che, nel periodo di efficacia della convenzione e nei limiti di spesa in essa stabiliti, verranno ad esistenza per effetto di contratti di scambio conclusi tra il fornitore e il titolare della carta. La cessione avviene a titolo di vendita, il cui prezzo è costituito dalla somma che il fornitore cedente ottiene dalla banca, corrispondente al credito ex pretio diminuito del cd. disaggio, diminuzione giustificata dalla circostanza che il fornitore riceve

dall'emittente il pagamento immediato del debito ex pretio del titolare, senza la necessità di concedere, egli stesso, dilazioni.

Nell'ottica della sostituzione nel lato passivo del rapporto obbligatorio, l'istituto ritenuto da autorevole dottrina "a portata di mano" è la delegazione di pagamento (artt. 1269 e ss. del c. c.), gravitando l'intera operazione non già sulla obbligazione impresa-cliente, ma sull'ordine di pagamento impartito dal cliente all'emittente. Il rapporto di provvista è disciplinato dal contratto di rilascio (delegante-delegato), quello di valuta dal contratto di scambio (delegante-delegatario), mentre la convenzione di associazione regola il cd. terzo rapporto (delegato-delegatario).

La delegazione di pagamento, in questo caso, si manifesta come delegazione passiva ed allo scoperto; passiva, in quanto l'iniziativa della vicenda dell'intermediazione non è del creditore ma del debitore, ordinando il portatore della carta (delegante) all'emittente (delegato) di pagare all'esercente (delegatario) il prezzo dei beni e dei servizi ricevuti, ed, attraverso il pagamento del debito ex pretio, l'emittente da un lato estingue il rapporto di valuta (delegante-delegatario) dall'altro acquista il diritto di conteggiare al portatore della carta (nel rapporto di provvista) il pagamento eseguito.

Delegazione allo scoperto in quanto, almeno nella configurazione fisiologica, il titolare non preconstituisce presso l'emittente la provvista necessaria per i pagamenti (anche se – si precisa – nulla vieta che ciò sia previsto pattiziamente) e, soprattutto, poiché il delegato effettua, pagando, un'attribuzione al solo delegatario (impresa convenzionata); ne segue che l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria si atteggia come "adempimento soggettivamente indiretto". Infine, ultima nota caratterizzante la delegazione de qua, il iussum, costituito dalla nota di spesa firmata dal delegante, viene trasmesso al delegato dal delegatario che verifica, in sostituzione del primo, la legittimazione ad ordinare (del delegante-portatore della carta), qualificando la delegazione come indiretta.

### **La tutela del consumatore e la carta di credito: comparazione tra il modello della cessione e quello della delegazione**

Come chiarito, non sembra opportuno (né utile per gli scopi che si intendono perseguire) valutare la plausibilità dell'una o dell'altra ricostruzione giuridica misurandone la "correttezza" in funzione della loro attendibilità e conformità al dato positivo, sia esso il codice civile (al quale si può risalire fisiologicamente secondo la tesi della delegazione) sia esso la disciplina convenzionale (che costruisce e realizza una cessione del credito).

Lo studio dei punti giuridicamente oscuri e problematici dei due modelli proposti (entrambi, di fatto, sono al "servizio" di una specifica prospettiva: del titolare della carta la delegazione e dell'esercente la cessione) rischia di sconfinare in un dibattito dottrinale, autorevolmente da tempo impostato, dal quale difficilmente si intravede una via d'uscita; mentre un contributo sostanzialmente nuovo potrebbe discendere dall'evidenziare costi e benefici derivanti dalla riconduzione della fattispecie alla delegazione o alla cessione, considerando la posizione giuridica del titolare della carta in relazione agli aspetti critici di consumer protection, concentrati i) negli effetti della sottrazione e dello smarrimento della carta e, più in generale, dell'utilizzo indebito ii) nella valutazione dell'atteggiarsi, nel rapporto titolare-emittente, delle anomalie del contratto di scambio.



Quanto al primo punto, l'utilizzo indebito della carta di credito, sia la dottrina della cessione sia quella della delegazione sostengono, seguendo evidentemente percorsi argomentativi e tecnici diversi, una responsabilità dell'esercente in caso di accettazione della carta con dolo o colpa grave. Nello stesso senso, la giurisprudenza conferma la presenza di un obbligo dell'impresa convenzionata circa la verifica (ex art. 1176 c.c., prescindendo dalle ulteriori condizioni generali del contratto) di conformità tra la sottoscrizione del cd. memorandum di spesa e lo specimen apposto sulla carta, sostenendo, in caso di inadempimento, una responsabilità non solo contrattuale ma anche extracontrattuale dell'esercente.

Le due dottrine giungono a soluzioni diverse nel caso in cui non sia riscontrabile il dolo o la colpa grave dell'esercente: nella delegazione il rischio grava sul titolare, nella cessione sull'emittente. In via pattizia o in via legislativa si può – come accade diffusamente – disporre l'esclusione, in misura prestabilita, della conteggiabilità al titolare dei pagamenti abusivi purché quest'ultimo adempia l'onere di comunicare tempestivamente all'emittente lo smarrimento o la sottrazione della carta.

Nella tesi delegatoria, tuttavia, per escludere la conteggiabilità non sembra sufficiente la ricezione della denuncia da parte dell'emittente, dovendosi scontare i tempi tecnici "tra ricezione della denuncia e diffusione dell'informazione alle imprese convenzionate". La giurisprudenza sembra accogliere tale ultimo orientamento, sostenendo la presenza permanente, in capo al titolare della carta, di un obbligo di custodia diligente indipendentemente dall'eventuale previsione contrattuale dell'obbligo di denuncia, condizionato questo all'evento perdita o furto ed atteggiandosi, quindi, come eventuale; infatti nella dottrina della delegazione, in assenza di disposizioni pattizie difformi, il rischio derivante dall'utilizzo abusivo della carta grava naturaliter sul titolare di essa, configurando la denuncia de qua come un onere del cliente necessario per rendersi immune da responsabilità. Diversamente, nella tesi della cessione il sorgere dell'obbligo di pagamento per il titolare si collega all'inadempimento del dovere di denuncia come (e se) previsto nell'ambito delle condizioni contrattuali normalmente esistenti nella prassi.

La ricostruzione delegatoria sembra delineare, per questo rispetto, una ripartizione dei rischi più equa ed, a dispetto di quanto potrebbe apparire prima facie, non assegna al titolare della carta una posizione giuridica particolarmente vessatoria poiché è temperata dall'obbligazione dell'emittente verso il portatore (ex art. 1375 c.c.) di divulgare tempestivamente i fatti incidenti sulla legittimazione, con la conseguenza che, se effettuata in tempi superiori a quelli necessari (in ragione della distanza o di altri fattori logistici), il titolare sarebbe legittimato a respingere il conteggio a suo carico.

Del resto ipotizzare un obbligo, gravante sull'emittente, di controllo della autenticità delle firme apposte sui documenti di spesa, a mezzo raffronto con quella posta sul retro della carta o sul contratto di rilascio, non è possibile: la carta non è nella disponibilità dell'emittente (che può solo ritirarla) e non vi è alcun obbligo in tal senso. L'alternativa si riduce al ricorso (proprio della cessione) all'applicazione dei principi di correttezza – il che significa probabilmente "non rendersi conto del numero dei documenti di spesa quotidianamente inviati" - oppure, più semplicemente e, direi, in misura più adatta alla velocità di circolazione dei beni nel mercato di massa, alla configurazione dell'obbligo di controllo della regolarità della nota di spesa in capo all'esercente associato, sostituto dell'emittente (ipotesi scaturente dalla teoria della delegazione).

Ultime considerazioni in margine: in caso di falsificazione della carta non è ravvisabile né un ordine conferito dal titolare né una cessione di credito vantato verso il cliente dall'emittente; da ciò consegue l'estraneità dell'uso della carta contraffatta alla sfera giuridica del titolare che ne dovrà semplicemente provare il mancato spossessamento. I principi del dolo e della colpa

grave dell'esercente si lasciano applicare anche nelle ipotesi di utilizzo di carta revocata o scaduta, nonché di superamento dei limiti di spesa fissati nella convenzione di rilascio.

Quanto al secondo punto, si deve richiamare in causa la nota clausola di inopponibilità delle eccezioni. Nella cessione del credito, il codice civile statuisce il principio cardine della piena opponibilità delle eccezioni derivanti dai vizi genetici e funzionali del titolo costitutivo, versando in un'ipotesi diametralmente opposta al contenuto della clausola de qua.

Il coordinamento tra i due effetti giuridici, l'uno derivante dalla legge l'altro dalla disciplina convenzionale, viene realizzato, dalla dottrina della cessione, con l'ausilio di altre due clausole contrattuali - che prevedono da un canto l'obbligo dell'impresa convenzionata di restituire all'emittente una somma pari a quanto egli abbia ricevuto a titolo di prezzo della vendita del suo credito nei confronti del titolare, qualora non si producano o vengano eliminati gli effetti del contratto di scambio, e, dall'altro, l'obbligo per il titolare di rivolgersi, per qualunque controversia, al fornitore non escludendo né sospendendo l'obbligazione di pagamento all'emittente -.

In tal modo viene riconosciuta alla clausola in questione la natura di semplice clausola solve et repete, mirante a differire l'opponibilità dell'eccezione evitando il ritardo della "prestazione dovuta"; infatti, in caso di controversia tra il cliente ed il negoziante, il titolare non può evitare, medio tempore, il pagamento opponendo eccezioni relative al contratto di scambio. Solo dopo l'accertamento giudiziale (o il riconoscimento da parte dell'esercente in via stragiudiziale) della loro fondatezza il titolare ha il diritto di agire per la ripetizione di quanto pagato; correlativamente da tale momento, ed il sistema si completa, l'emittente può ripetere dal fornitore quanto pagato. Infine, analogamente a quanto previsto nella legislazione francese (legge n. 78/22 del 1978), considerando applicabile il 2° comma dell'art.1462 c.c., è attribuito al giudice il potere di sospendere la condanna (imponendo anche una cauzione) per il pagamento contro il titolare della carta, convenuto dall'emittente, se riconosce il ricorso di "gravi motivi", desumibili dalle contestazioni sul contratto principale (di scambio).

Pensando la spendita della carta come una delegazione passiva di pagamento, l'inopponibilità, nella provvista, delle eccezioni radicate in vizi originali o funzionali della valuta discende direttamente dall'astrattezza delegatoria, codificata nell'art. 1271 c.c.. Nulla quaestio, dunque, circa la clausola de qua. Tuttavia il titolare-delegante se non può opporre i vizi del contratto di scambio all'emittente-delegato, può obbligarlo ad opporle all'esercente-delegatario; e di riflesso, l'emittente non può conteggiare al portatore il pagamento effettuato all'esercizio benché conoscesse o colpevolmente ignorasse i vizi (genetici o funzionali) di quel rapporto.

Questa conclusione è imposta dalla circostanza che l'ordine di pagamento del delegante (il iussum - la nota di spesa firmata - è riferito ad un certo tipo contrattuale, denuncia il tempo ed il luogo dell'esecuzione della controprestazione, la qualità e la quantità del suo oggetto) è imputabile al rapporto di valuta: ne deriva l'opponibilità delle eccezioni relative ex art. 1271 c.c.. Tale facoltà, subordinata ad un interesse del delegato e di conseguenza non coercibile, rectius controllabile da parte del delegante-titolare, acquista "dignità" di obbligo se si considera che il rapporto tra delegante e delegato, trattandosi di delegazione allo scoperto, è qualificabile in termini di mandato.

**Conclusioni: "costi e benefici" delle due ricostruzioni**

Si possono tracciare brevemente alcune conclusioni; il portatore della carta, ragionando in termini di cessione, non acquista, nonostante gli sforzi della dottrina tesi a conciliare l'opponibilità delle eccezioni propria dell'istituto con i regolamenti convenzionali, una tutela particolarmente incisiva poiché con l'operatività della clausola solve et repete, di fatto, gli si preclude la possibilità, garantita dall'eccezione di inadempimento, di non adempiere fino a che l'altra parte non abbia a sua volta adempiuto alla propria obbligazione, forma di protezione di certo più efficace. Ragionando in termini di delegazione, al contrario, vi è lo spazio concettuale per l'azionabilità, da parte del titolare, di un obbligo dell'emittente all'opposizione delle eccezioni desunte dal contratto di scambio, presentando anche un collegamento - credo non del tutto irrilevante (se non altro socio-economicamente) - con l'affidamento (in senso atecnico) ingenerato nei propri clienti in ordine alla serietà degli esercenti convenzionati.

Più precisamente, in termini di consumer protection, il "saldo" delle due visuali esaminate sembra, in definitiva, questo: accettando l'ipotesi delegatoria, si assicura la necessaria indipendenza dell'emittente alle vicende della circolazione commerciale affinché il sistema funzioni in maniera adeguata e conforme alle aspettative di coloro che se ne avvalgono; una garanzia destinata a venir meno a causa di un comportamento attivo del cliente o di una negligenza "professionale" dell'intermediario.

Si evita così il ricorso, ormai sempre più raro nella letteratura giuridica contemporanea, ad una visione "paternalistica" dei consumatori, laddove gli orientamenti più autorevoli e recenti propendono per un "diritto dei consumatori" che tuteli, in un regime di autoresponsabilità, la libertà di scelta verso una duplice direzione: il potere di scelta, assicurato dalla concorrenza, e la consapevolezza della scelta, garantita, disciplinando la pubblicità, da un'informazione corretta e veritiera. Gli interessi delle parti sembrano così bilanciarsi nella misura richiesta dal mercato.

Può essere rilevante in merito segnalare che, nella dottrina della cessione, il consumatore per tutelarsi deve comunque attendere – salvo l'intervento del giudice in caso di "gravi motivi" e, di riflesso, rimanendo affidata la sua protezione ad un soggetto istituzionale - la composizione della lite con l'esercente; il che significa che deve, sia pur medio tempore, adempiere l'obbligazione nei confronti dell'emittente. Simmetricamente, nella prospettiva dell'emittente, il rischio delle patologie del contratto di scambio non viene eliminato ma solo, appunto, attenuato, rectius differito. Insomma, non solo il consumatore sembrerebbe tutelato più incisivamente nel modello della delegazione di pagamento ma tale ricostruzione si presenta più fluida sia nella "meccanica" dell'operazione complessiva sia, verso l'esterno, nelle dinamiche concrete dei rapporti commerciali.

## BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Sui mezzi di pagamento: L. Farenga, *La moneta bancaria*, Torino, 1997

Sul credito al consumo: G. Alpa-M. Bessone, "Disciplina della carta di credito e problemi di controllo di credito al consumo", in *Giust. it.*, 1976, IV, p.110 e ss.; G. Ferrando, "Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti", in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p.591 e ss.

Per la teoria della delegazione: P. Spada, "Carte di credito: terza generazione di mezzi di pagamento", in Riv. di dir. civ., 1976, I, p.483 e ss.

Per la teoria della cessione: A.A. Dolmetta, La carta di credito, Milano, 1982.