

dircomm.it

il diritto commerciale d'oggi

II.8 – settembre 2003

STUDI E COMMENTI

MAURIZIO ONZA

Assegno bancario e protesto

1. Premessa

Mi propongo di illustrare sinteticamente l'atteggiarsi dei rapporti (1) tra l'emittente dell'assegno (il traente) – e gli altri eventuali co-obbligati – e il portatore di un assegno bancario (2), alla luce dei recenti sviluppi legislativi nella *subiecta materia*.

2. L'assegno bancario: cenni introduttivi e fonti normative

2.1 L'assegno è un titolo di credito attraverso il quale un soggetto (traente) ordina incondizionatamente ad una banca (trattaria) di pagare a vista una somma determinata all'ordine di una determinata persona (prenditore) (3), utilizzando le proprie disponibilità monetarie giacenti presso la banca trattaria o al portatore (4).

2.2 Tale definizione ha il pregio di evidenziarne le due principali caratteristiche: funzionalmente, l'Assegno si atteggia – nella sua "percezione gius-sociologica" nonché nella sua fisiologia legislativa – siccome strumento di pagamento, mentre, da un punto di vista sostanziale, è inquadrabile nella fattispecie generale dei titoli di credito – in particolare, la struttura essendo modellata su quella della cambiale tratta. La riconduzione dell'assegno nell'area (5) dei titoli di credito, attraverso la cd. incorporazione del diritto di credito nel documento, astrae il rapporto fondamentale (o sottostante), esistente tra le parti, e determina la nascita di un'obbligazione cartolare – perché basata appunto sulla cartula – consentendone la circolazione tra diversi soggetti.

2.3 Ne segue che il portatore dell'assegno, legittimato secondo i criteri previsti dalla legge per la circolazione (nel caso di specie, l'Assegno si trasferisce attraverso consegna accompagnata da girata, cioè una firma apposta dietro il titolo nell'apposito spazio – avendosi perciò un girante, cedente, ed un giratario, cessionario), ha diritto ad ottenere la prestazione dovuta (i.e. il pagamento della somma "facciale", risultante dalla lettera dell'assegno), attraverso una specifica azione cd. cartolare.

2.4 Rimane salva, comunque, la possibilità di esperire, rispettando alcune condizioni espressamente previste dalla legge, le azioni extracartolari cd.

causali – regolate dal diritto comune – fondate sul rapporto fondamentale (o sottostante), in forza del quale è stato emesso o trasferito il titolo, intercorrente tra il possessore dell'Assegno ed il debitore che è stato parte del relativo rapporto (i.e. traente o girante).

2.5 L'Assegno è regolato dal regio decreto n. 1736 del 21 dicembre 1933, entrato in vigore dal 1° gennaio 1934 (di seguito la "legge assegni"). Inoltre, in relazione al protesto, rilevano:

- (a) la legge n. 77 del 12 febbraio 1955 e successive modificazioni;
- (b) la legge n. 349 del 12 giugno 1973 e successive modificazioni;
- (c) la legge n. 480 del 15 novembre 1995 che ha convertito il decreto legge n. 381 del 18 settembre 1995;
- (d) la legge n. 386 del 15 dicembre 1990;
- (e) la legge n. 108 del 7 marzo 1996;
- (f) il decreto legislativo n. 507 del 30 dicembre 1999; e
- (g) la legge n.235 del 2000.

3. Il pagamento e l'azione cartolare

3.1 Quanto alla procedura di pagamento, conviene sottolineare alcune disposizioni essenziali che ne disciplinano la procedura e, specificamente:

- (a) l'assegno deve essere pagato a vista;
- (b) l'assegno deve essere presentato per il pagamento presso lo sportello della banca trattaria indicato nel titolo, entro otto giorni dalla data di emissione, se l'assegno è pagabile nello stesso comune dell'emissione, ovvero, in caso contrario, entro quindici giorni;
- (c) la presentazione dell'assegno ad una stanza di compensazione equivale a pagamento vedi infra 3.2;
- (d) l'omessa presentazione dell'assegno nei termini comporta la perdita dell'azione cartolare contro i giranti (ed i loro avallanti) (6) ma non contro il traente;
- (e) la banca è libera di pagare anche dopo la scadenza dei termini salvo che abbia ricevuto dal traente l'ordine di non pagare;
- (f) la banca che paga è tenuta ad accertare la regolare continuità delle girate; e
- (g) la banca è tenuta ad identificare colui che incassa ed a verificare che la firma del traente corrisponda a quella depositata al momento dell'apertura del conto corrente (cd. specimen).

3.2 In caso di mancato pagamento dell'assegno, il portatore può tutelarsi sperando l'azione cartolare, nella specie di regresso. Tale rimedio è, tuttavia, soggetto a due classi di condizioni, compendiabili (7) come segue:

- (a) da un punto di vista soggettivo, legittimati passivi sono il traente, i giranti (e i loro avallanti) i quali rispondono del mancato pagamento. Da siffatta responsabilità possono esonerarsi unicamente i giranti apponendo sul titolo la clausola non all'ordine (escludente la responsabilità nei confronti dei giratari ulteriori) o la clausola senza garanzia (escludente la responsabilità verso tutti i portatori successivi);
- (b) sotto il profilo oggettivo, è necessaria, salvo che per il traente (v. supra, 3.1):
 - (i) l'osservanza dei termini, vedi infra 2.1 lettera (b), per la presentazione del titolo per il pagamento; nonché
 - (ii) la constatazione del rifiuto di pagamento mediante:
 - (1) atto autentico (protesto); o
 - (2) dichiarazioni equivalenti che, per la loro provenienza, garantiscono della tempestività della presentazione e precisamente:
 - una dichiarazione del trattario scritta sull'assegno con indicazione del luogo e del giorno della presentazione; o
 - una dichiarazione del capo di una stanza di compensazione (v. infra, 4.2).

3.3 Nei confronti del traente, «la presentazione tardiva comporta, come unica conseguenza, che, se dopo la scadenza del termine di presentazione la disponibilità della somma è venuta meno per il fatto del trattario» (8) (per esempio, liquidazione coatta amministrativa della banca), il portatore perde i diritti verso il traente per la somma che è venuta a mancare; in ogni caso, quindi, il portatore mantiene i suoi diritti contro il traente anche in mancanza di presentazione tempestiva del titolo e di constatazione formale del rifiuto di pagamento.

3.4 La circostanza che l'azione di regresso contro il traente sia svincolata dai presupposti formali cui è subordinata l'azione contro gli altri obbligati non significa, tuttavia, che essa sia svincolata dal presupposto sostanziale del mancato pagamento da parte del trattario e, quindi, dall'onere della previa presentazione del titolo a quest'ultimo.

3.5 L'azione di regresso si prescrive in sei mesi dal termine di presentazione, mentre l'azione di regresso ulteriore, cioè dell'obbligato che ha pagato l'assegno contro gli obbligati di grado anteriore, si prescrive in sei mesi dal giorno del pagamento o dal giorno in cui l'azione di regresso è stata promossa contro di lui.

4. Il protesto e le sue conseguenze

4.1 Come anticipato, il protesto, che ha valore di atto pubblico, è l'atto autentico necessario per la conservazione dell'azione di regresso; con esso si constata il mancato pagamento dell'assegno. Quanto alle modalità esecutive, è opportuno evidenziare che:

(a) il protesto deve essere elevato dietro presentazione dell'Assegno nei luoghi indicati dalla legge assegni;

(b) sono abilitati alla levata del protesto i notai, gli ufficiali giudiziari e i loro aiutanti o, in mancanza (anche temporanea), i segretari comunali;

(c) il notaio e l'ufficiale giudiziario possono avvalersi della collaborazione di cc.dd. "presentatori", nominati su loro indicazione dal presidente della Corte d'Appello;

(d) i cc.dd. presentatori, investiti anch'essi della qualità di pubblico ufficiale, presentano il titolo, ne incassano l'importo o constatano il mancato pagamento; ed

(e) in ogni caso, l'atto di protesto è redatto successivamente dal notaio o dall'ufficiale giudiziario ed è sottoscritto anche dal presentatore.

4.2 L'art. 45 della legge assegni consente, come già evidenziato supra, al portatore di un assegno, presentato in tempo utile e non pagato, di esercitare l'azione di regresso anche laddove il rifiuto del pagamento sia constatato «con dichiarazione di una stanza di compensazione datata e attestante che l'assegno bancario le è stato trasmesso in tempo utile e non è stato pagato». La dichiarazione de qua, equivalente ai fini del regresso al protesto, è resa dai Capi delle stanze di compensazione in qualità di pubblici ufficiali, attraverso la previa consegna alle stanze di Compensazione effettuata dalla banca trattaria e con l'osservanza di formalità stabilite dalla Banca d'Italia (9).

4.3 Leggi successive, nel disciplinare la materia, hanno previsto alcuni adempimenti a carico dei pubblici ufficiali abilitati a levare protesti, e quindi anche dei Capi delle stanze da porre in essere al verificarsi d'illeciti connessi all'emissione degli assegni insoluti nonché obblighi di pubblicità della dichiarazione stessa. In particolare, è stato previsto l'obbligo:

(a) di inviare ai Prefetti i rapporti di accertamento degli illeciti amministrativi consistenti nell'emissione di assegni senza autorizzazione o senza fondi (*rectius* provvista); ed

(b) di inoltrare denuncia alla competente Autorità Giudiziaria, in caso di emissione di assegni connessa a reati perseguibili d'ufficio.

4.4 Quanto alle conseguenze per così dire pubblicitarie del mancato pagamento di un assegno, ai fini di rendere noto ai terzi un indizio della

situazione economica del traente, responsabile della emissione nonostante la mancanza originaria o successiva dei provvista, sono attualmente affidati a due diverse banche dati:

(a) il Registro informatico dei Protesti (cd. "Registro"), pubblico, che viene costituito sulla base delle trasmissioni mensile – effettuata dai pubblici ufficiali abilitati a levare protesti, e quindi anche dei Capi delle stanze – degli elenchi dei protesti ai Presidenti delle Camere di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura; e

(b) l'archivio "degli assegni bancari, postali e delle carte di pagamento irregolari" (cd. Archivio) tenuto presso la Banca d'Italia, nel quale il traente viene iscritto dal trattario – previa comunicazione al traente e ritiro di tutti i moduli di assegno in suo possesso – in caso di mancato pagamento, in tutto o in parte, di un assegno per mancanza di autorizzazione o difetto di provvista.

4.5 L'iscrizione nell'Archivio determina le seguenti conseguenze:

(a) la revoca di ogni autorizzazione ad emettere assegni;

(b) una nuova autorizzazione non può essere data prima che sia trascorso il termine di sei mesi dall'iscrizione del nominativo nell'archivio;

(c) la revoca comporta il divieto, della durata di sei mesi, per qualunque banca e ufficio postale di stipulare nuove convenzioni di assegno con il traente e di pagare gli assegni tratti dal medesimo dopo l'iscrizione nell'archivio, anche se emessi nei limiti della provvista.

(d) L'iscrizione all'Archivio ha una durata di sei mesi.

L'Archivio non è pubblico e ne è possibile la cancellazione ad istanza dell'interessato solo se questi ne provi l'erronea iscrizione.

4.6 Tuttavia, il traente di un assegno che, presentato in tempo utile, sia rimasto insoluto in tutto o in parte per difetto di provvista, può effettuare il pagamento "tardivo" anche nell'ipotesi in cui l'assegno medesimo sia stato protestato. Infatti, è previsto che, qualora il pagamento "tardivo" intervenga entro sessanta giorni dalla data di scadenza del termine di presentazione dell'assegno ed il pagamento stesso riguardi l'assegno insoluto, gli interessi, la penale e le eventuali spese per il protesto o per la constatazione equivalente, non trovano applicazione le sanzioni amministrative connesse all'emissione di assegno senza provvista (compresa l'iscrizione nell'Archivio). Il pagamento può essere effettuato (10):

(a) presso il pubblico ufficiale che ha levato il protesto o ha effettuato la constatazione equivalente;

(b) nelle mani del portatore del titolo; ed

(c) a mezzo di deposito vincolato presso la banca trattario.

4.7 In ogni caso, per quanto concerne il Registro, è necessario evidenziare che:

(a) ciascun protesto è cancellato automaticamente dopo cinque anni;

(b) a seguito della cancellazione il protesto si considera come mai avvenuto;

(c) il debitore protestato che adempia le obbligazioni per le quali il protesto è stato elevato e non abbia subito ulteriori protesti, può chiedere al presidente del tribunale la riabilitazione trascorso un anno dalla levata del protesto.

(d) per effetto della riabilitazione il protesto si considera, a tutti gli effetti, come mai avvenuto e il debitore ha diritto di ottenere la cancellazione definitiva dei dati relativi al protesto anche dagli elenchi dei protesti.

Infine, la levata del protesto può essere preclusa dal pagamento del titolo nelle mani del pubblico ufficiale (legittimato in proposito come rappresentante *ex lege* del portatore) allo scopo di evitare le sanzioni conseguenti alla emissione di assegno senza provvista (cd. a vuoto).

5. Spunti di riflessione: pagamenti, obbligazioni pecuniarie, assegni e *cashless society*

5.1 La breve descrizione che precede offre lo spunto per una considerazione di carattere generale. La concezione classica di pagamento utilizza il modello dei

contratti traslativi, il cui oggetto è il trasferimento di un bene dal disponente all'acquirente. Il pagamento, definito come «l'atto con il quale il debitore trasferisce al creditore le cose e/o la somma dovuta allo scopo dell'estinzione del debito» (11), si caratterizza da un lato per il profilo della causa solvendi, in quanto destinato ad attuare un'obbligazione, dall'altro per la datio che, unico elemento (e non già la promessa di trasferire) idoneo a perfezionare il contratto estinguendo l'obbligazione, conferisce al contratto stesso carattere reale (12); dunque, *solvere est alienare* (13). Il codice civile del 1942 ha previsto espressamente agli art. 1277 e ss. le obbligazioni pecuniarie, indicando lo strumento di pagamento attraverso il quale si realizza l'adempimento dei "debiti pecuniari": «la moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale» (art. 1277, 1°co. cod. civ.). La regolamentazione del nuovo codice, pur innovando le disposizioni contenute in quello del 1865 (14), non sembra sottrarsi alla visuale classica del pagamento. Il quadro giuridico delle obbligazioni pecuniarie è destinato a completarsi, per quanto non sia previsto nella *sedes materiae*, attraverso l'applicazione delle regole generali sull'adempimento delle obbligazioni, come «riflesso dell'unificata disciplina del diritto delle obbligazioni» (15).

5.2 La concezione classica, tuttora prevalente, sostiene, dunque, l'assimilazione dei pagamenti pecuniari alla comune offerta di cose, conseguenza necessitata dalla qualificazione del denaro come una qualunque altra *res*, e considera, quindi, i sistemi di pagamento *lato sensu* (16) sostitutivi della moneta legale regolati dagli art. 1197 e 1198 cod. civ.. In questa prospettiva la cd. moneta bancaria (17) non ha efficacia solutoria ma costituisce al più un'ipotesi di datio pro solvendo, in cui l'efficacia liberatoria per il debitore consegue solo se vi sia accettazione (espresa) (18) del creditore e/o la riscossione del credito. Coerentemente la giurisprudenza italiana ha più volte negato la possibilità di sostituire, in assenza di patto contrario, la moneta legale nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie. Tale consolidato indirizzo si richiama sia al principio contenuto nell'art. 1277, 1°co. cod. civ., sia all'art. 1182, 3°co. cod. civ., che, prevedendo come luogo dell'adempimento «il domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza dell'obbligazione», qualifica l'obbligazione come portable. L'utilizzazione di mezzi di pagamento sostitutivi viene configurata come offerta di prestazione diversa da quella dovuta (*datio in solutum*) che, ex art. 1197 cod. civ., è sempre rifiutabile a parte creditoris, subordinandosi la liberazione del debitore al consenso del creditore. Diversamente la giurisprudenza straniera che, in ragione della diffusione di mezzi - alternativi alla *numeratio pecuniae* - ritenuti socio-economicamente di pagamento, tende a configurare «in mala fede il comportamento del creditore che in assenza di una specifica obiezione rifiuta di ricevere assegni in pagamento dei debiti» (19).

5. Il pagamento liberatorio a mezzo di assegni bancari

5.1 Alcuni autori (20) hanno messo in evidenza come l'art. 1277 cod. civ., lungi dal dettare la cd. *regula aurea* (21) delle obbligazioni pecuniarie, non disciplini affatto il trasferimento del (la proprietà del) denaro, ma esclusivamente il mezzo - tipico - con cui può realizzarsi l'adempimento. Ed è in funzione della sua idoneità all'adempimento dell'obbligazione pecuniaria che viene valutata l'esattezza del pagamento dell'obbligazione pecuniaria con mezzi diversi dalla consegna di specie monetarie, piuttosto che guardando «all'astratto perfezionamento di una fattispecie traslativa»(22), come resta inevitabile fare per il debito di cose. Invero la possibilità di equiparare non solo economicamente (23) ma anche giuridicamente la moneta bancaria alla moneta legale era già stata sostenuta in relazione al *bancogiro* (24). L'obiezione principale mossa a questa teoria deriva dall'osservazione che la moneta legale, in quanto *res*, è soggetta al regime dei diritti reali mentre quella bancaria è «termine rappresentativo di un fenomeno obbligatorio» (25).

5.2 Le conseguenze tecniche che derivano da questi due opposti scenari giuridici non possono essere analizzate oltre in questo lavoro. Tuttavia sembra opportuno sottolineare come sia sempre più sentita l'esigenza di considerare la moneta come una ideal unit, suscettibile di essere rappresentata con diversi mezzi (26). Esigenza fondata essenzialmente su due ordini di considerazioni. La prima, prettamente giuridica e dettata da elementi testuali (27) e sistematici (28), si riferisce alla difficoltà di assimilare integralmente i pagamenti pecuniari all'offerta di cose; la seconda sulla presenza nel mercato, significativa e con un trend nettamente in crescita (29), di strumenti solutori alternativi (qui in senso stretto) alla moneta legale. Il "diritto vivente" dei pagamenti presenta nella prassi commerciale e finanziaria alcune tipologie di mezzi di pagamento succedanei alla moneta, che non si sostanziano in trasferimenti materiali di denaro. La funzione solutoria si arricchisce di contenuto: accanto alla moneta, si innestano una pluralità di diritti di credito o diritti di prelievo (30), variamente configurati ma accomunati dalla capacità giuridica – sia pur in diversa misura – di determinare fisiologicamente una attribuzione patrimoniale "a scopo di pagamento" (31) (di debiti). Il limite dell'utilizzo nei pagamenti del sistema dei diritti reali consiste nel riferirsi ad una «logica di fisicità, di corporeità» (32) che è in netto contrasto con quella del denaro, caratterizzato sempre più accentuatamente dall'astrattezza e dall'immaterialità.

5.3 Nei mezzi di pagamento alternativi (in senso ampio) alla moneta legale, di regola, diventa necessario l'intervento di un terzo: nel rapporto bilaterale debitore-creditore si posiziona un soggetto qualificato che svolge attività di intermediazione nei pagamenti, mettendo «a disposizione un prodotto finanziario sotto una denominazione specifica e normalmente con una rete per l'esecuzione delle operazioni» (33). L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie si determina mediante un'operazione complessa (34) e presuppone un'attività professionale di produzione di servizi di pagamento distinta dall'attività, tradizionalmente affidata alle banche, di intermediazione finanziaria (35). Autorevole dottrina, in tempi meno recenti, in un lavoro dedicato al "fenomeno" delle carte di credito (36), allora ancora emergente in Europa ma ben radicato nel nord America, si era interrogata sulla possibilità di avvistare la cd. cashless society, in cui tutti i regolamenti esecutivi delle obbligazioni pecuniarie sarebbero stati effettuati in via contabile e scritturale attraverso una "stanza di compensazione elettronica".

La società attuale ancora più di ieri e, verrebbe da dire, meno di domani, sembra muoversi in direzione dell'eliminazione degli spostamenti materiali di denaro (37). Il superamento della concezione "reale" del pagamento induce ad anticipare l'effetto solutorio al momento in cui il debitore si priva della disponibilità della somma e questa diventa – giuridicamente – disponibile da parte del creditore (38). In questo senso si può, e si deve, richiamare il d.l. 3 maggio 1991, n.143 – convertito nella legge del 5 luglio 1991, n. 197, "Provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio" – che sebbene dettato per una finalità prettamente di "domestic policy", in particolare per «contrastare l'invasione della criminalità organizzata nelle istituzioni economiche del paese nella forma (...) del reinvestimento dei proventi delle attività malavitose in proprietà immobiliare ed imprese» (39), attraverso una tecnica di contrasto fondata «sul divieto dell'anonimato nei trasferimenti di denaro superiori ad un certo ammontare»(40), incide profondamente sulle condizioni di liberatorietà, del luogo e del tempo di adempimento delle obbligazioni pecuniarie cd. di rilevante portata, qualificate ex art. 1 del d.l. citato come obbligazioni aventi ad oggetto il «(...) trasferimento di denaro contante (...) o di titoli al portatore in lire o valuta estera, (...) quando il valore da trasferire è superiore a venti milioni».

La novella prevede, in tali casi, un trasferimento intermediato da parte di soggetti abilitati, il cui inserimento in una fattispecie di pagamento viene così

codificato ed istituzionalizzato dalla legge de qua, ed individuati ai sensi del successivo art. 4. Per il denaro contante, l'art.1.1-bis-1-ter stabilisce che il debitore consegni la somma all'intermediario abilitato, la disposizione della quale viene accettata per iscritto da quest'ultimo. L'effetto estintivo di cui al 1° comma dell'art. 1277 cod. civ. nonché, nei casi di mora accipiendi, gli effetti del deposito ex art. 1210 cod. civ. si producono con la comunicazione da parte del debitore al creditore dell'accettazione ricevuta dall'intermediario, a cui corrisponde il diritto per il creditore-beneficiario di ottenere il pagamento dall'intermediario stesso – nella provincia del proprio domicilio a decorrere dal terzo giorno lavorativo successivo a quello dell'accettazione *de qua* –.

Ai fini di questo lavoro, è necessario rivolgere l'attenzione alla presenza nel dettato normativo non solo delle modalità del pagamento intermediato ma anche della disciplina dei presupposti del pagamento liberatorio (41): in tal modo si configura «un superamento più che una deroga al codice civile» (42) giacché quest'ultimo, con la norma richiamata (art. 1277 cod. civ.), si limita a stabilire, come già accennato, con quali mezzi (moneta avente corso legale) il pagamento viene efficacemente effettuato. Dunque per la liberazione del debitore non è necessario, viceversa nel pagamento a mezzo di assegni, che il creditore entri nella disponibilità – materiale – della somma ad opera dell'intermediario (in caso di assegno: bancario e nel ruolo di trattario); è sufficiente la disponibilità giuridica, rappresentata dal diritto del creditore-beneficiario di ottenere il pagamento dall'intermediario, con il conseguente passaggio del rischio del mancato pagamento (ad esempio, in caso di insolvenza dell'intermediario) dal debitore al creditore. Lasciando da parte, perché tematicamente esorbitante, la complessa riconduzione della fattispecie ad una figura giuridica conosciuta dall'ordinamento positivo italiano (43), quel che è certo è che essa «contribuisce a realizzare un'ipotesi di pagamento con effetti liberatori per il debitore, senza che il creditore ottenga in termini reali la disponibilità della somma» (44).

La liberazione del debitore non comporta, ed è questo il punto di maggior rilievo, l'estinzione del diritto del creditore, estinzione che, invece, presuppone necessariamente la realizzazione del diritto stesso. Il diritto del creditore si estingue (solo) nei confronti del debitore originario (liberato) e muta "direzione" (45), rivolgendosi verso l'intermediario (46). Specularmente, e il cerchio si chiude, la trasgressione del divieto normativo, non incidendo sulla liberatorietà del pagamento inter partes e, quindi, sulla sua efficacia – fatta salva espressamente dalla legge – comporta esclusivamente l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria ex art. 5 del d.l. citato. Ed allora, in punta di penna, l'introduzione nell'ordinamento giuridico di questa fattispecie "insolita" di pagamento dovrebbe dar ragione a chi autorevolmente ha intuito che l'attuazione del contenuto dell'obbligo «non è vicenda sempre simmetrica alla realizzazione del diritto del creditore» (47).

5.4 In una prospettiva di più ampio respiro è stato osservato che se da un lato il titolo di credito «sfrutta il sistema dei diritti di credito per attuare con particolare praticità il trasferimento dei pezzi monetari (48) ..., incorporando tali diritti in un documento che, a sua volta, circola secondo il regime dei beni mobili», garantendo un trasferimento dinamico di "situazioni" obbligatorie, dall'altro la doppia trasposizione giuridica da «situazioni reali in situazioni obbligatorie e poi di nuovo in situazioni reali» (49) può essere agevolmente superata attraverso «tecniche che rendano ancora più agevole il trasferimento dei crediti, utilizzando i più sofisticati sistemi di circolazione, quali il bancogiro tradizionale o il trasferimento elettronico di fondi (50) o attraverso la carta di credito» (51). E proprio in opposizione ai titoli di credito, le credit cards sono state definite «terza generazione dei mezzi di pagamento» (52).

Concludendo, ne dovrebbe risultare che l'intera disciplina del protesto, funzionale alla tutela della pretesa creditoria nella struttura "assegno/cambiale", dovrà essere ripensata e "ricollocata" sistematicamente all'intero di un sistema

dei pagamenti in rapida e, direi continua, evoluzione.

Note

- (1) Non si analizzeranno, perciò, le conseguenze penali delle emissioni di assegni.
- (2) Resta esclusa dal lavoro l'analisi delle "vicende" relative ai cd. assegni speciali nonché agli assegni circolari.
- (3) Stante l'esigua diffusione di assegni bancari al portatore – funzione direttamente proporzionale alla pericolosità derivante dalla semplicità della legge di circolazione secondo la quale il portatore si legittima attraverso il semplice possesso del titolo – l'analisi si concentrerà esclusivamente sugli assegni bancari all'ordine emessi e pagabili in Italia.
- (4) L'impostazione sistematica del presente lavoro, nella parte descrittiva dell'assegno bancario, si richiama a . G. Campobasso, *Diritto Commerciale*, Vol. III, p. 306 e ss.
- (5) Piuttosto, ancora oggi, "incerta".
- (6) L'avallo costituisce una garanzia cartolare, la quale non può essere concessa dalla banca trattaria e raramente utilizzata nella pratica ormai desueta.
- (7) Cfr. *Encicl. Giurid.*, voce "Assegno".
- (8) Cfr. CAMPOBASSO op. cit..
- (9) Cfr. Istruzioni della Banca d'Italia, visionabili dal relativo sito Internet.
- (10) La prova dell'avvenuto pagamento, nell'ipotesi in cui sia stata rilasciata la dichiarazione sostitutiva, vedi supra 3.2 (b) (2), del protesto e il pagamento non sia stato effettuato presso la stanza, deve essere fornita dal traente al Capo della stanza mediante quietanza del portatore ovvero, nel caso di pagamento a mezzo di deposito vincolato, mediante attestazione della banca comprovante il versamento dell'importo dovuto.
- (11) A. DE MAJO "Adempimento e rischio nei pagamenti pecuniari", in *Quad. giuridici Banca d'Italia*, n. 29, 1993, p.113. Vedi anche M. GIORGIANNI che definisce il pagamento come «esatto adempimento della prestazione dovuta», voce "Pagamento", in *Nov. Digesto it.*, XII, Torino, 1965, p. 321.
- (12) L'art. 1238 del *code civil* stabilisce espressamente che «per pagare validamente è necessario essere proprietario della cosa offerta in pagamento e capaci di alienarla».
- (13) Cfr. A. DIMAJO, op. cit., p.113.
- (14) Il codice civile del 1865, non prevedendo una disciplina generale delle obbligazioni pecuniarie, precisava la specie e la quantità della somma presa in prestito in relazione all'obbligazione restitutoria del mutuatario (art. 1821).
- (15) Relazione al codice civile n. 561.
- (16) Alcuni autori distinguono tra mezzi di pagamento cd. alternativi (bancogiro e carta di credito) e mezzi cd. sostitutivi (cambiale ed assegno) in relazione alla diversa capacità solutoria rispetto alla moneta legale. Per le conseguenze cfr. L. FARENGA, *La moneta bancaria*, Torino, 1997 p.112.
- (17) Da un punto di vista giuridico la definizione di moneta bancaria si presenta piuttosto problematica, rappresentando diversi fenomeni non del tutto omogenei. Si distingue un profilo cd. statico («ricchezza in valori monetari rinvenibili in diritti di credito verso una banca») e uno cd. dinamico («strumenti attraverso cui alcuni crediti bancari –disponibili–divengono mezzo di scambio»). Vedi L. FARENGA, op. cit., p. 4-5.

(18) Nega che il silenzio valga come accettazione espressa ex art. 1268, 1° co. cod. civ. P. RESCIGNO, voce "Delegazione (dir. civ.)", in Enc. Dir., Milano, 1979 v. XXXIX, p. 973; e W. BIGIARI, La delegazione, Padova, 1940.

(19) Vedi G. NICCOLINI, voce "Carta di credito e carte bancarie", in Enc. giuridica, V.

(20) In particolare A. DI MAJO op. cit. ma vedi anche A. MAGAZZÙ, "Pagamento", in Dizionario monetario, a cura di N. Irti, 1987, G. OLIVIERI, "Compensazione e circolazione della ricchezza mobiliare", Roma, 1992; e L. FARENGA, op. cit.

(21) Tra i sostenitori delle tesi cd. patrimonialistiche dell'adempimento cfr. A. DALMARTELLO, "La prestazione nell'obbligazione di dare", in Riv. trim. dir. proc. civ., 1947, p.224 e ss.

(22) A. DI MAJO, op. cit., p. 114.

(23) Sostengono tale equiparazione economica tra gli altri P. SAMUELSON, Economia, trad. it. M. Ferretti, Bologna, 1983 secondo il quale, negli U.S.A. «almeno i nove decimi di tutte le transazioni – per valore se non per numero – vengono effettuati tramite assegni» p. 255.

(24) Vedi G.F. CAMPOBASSO, Bancogiro e moneta scritturale, Bari, 1979, il quale costruisce il bancogiro come modalità di estinzione dell'obbligazione equivalente al trasferimento (reale) della moneta legale e quindi qualificato come esatto adempimento. Cfr. op. cit. p.102 e pp. 248 e 250. In questo lavoro è stata vista la "svolta" nell'analisi giuridica della moneta scritturale e bancaria *tout court*, in funzione della rilevanza del rapporto di conto corrente, attraverso il quale l'intera l'operazione si compie, che deve legare ordinante e beneficiario alla banca. Vedi L. FARENGA op. cit. p.177.

(25) Così L. FARENGA, op. cit., p.8.

(26) Distinzione, nota già ad T. ASCARELLI (cfr. "Obbligazioni pecuniarie", in Commentario del codice civile, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1959), presente anche in NUSSBAUM, Money in the law national and international, Brooklin, 1950.

(27) L'art. 1277 cod. civ. in rubrica qualifica il debito di denaro come "debito di somma".

(28) Si pensi alla responsabilità del debitore per inadempimento derivante da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ. Il debitore non può «sottrarsi alla responsabilità facendo valere la sua incapacità patrimoniale, anche a lui non imputabile» cfr. A. DI MAJO, voce "Pagamento (dir. priv.)", in Enc. dir., XXI, Milano, 1981, p.558 e, nello stesso senso, A. MAGAZZÙ, "Pagamento", in Dizionario monetario, a cura di N. Irti, 1987, p. 513, nonché L. Farenga, op. cit. p.41 e ss.

(29) E' in aumento l'offerta delle carte cd. pre-pagate che da un lato, nella prospettiva dei consumatori-utenti, consentono l'accesso a beni e servizi di largo consumo (per es. le carte telefoniche) e dall'altro garantiscono agli istituti emittenti un margine di cash flow e di valuta altissimo.

(30) Già G.F. CAMPOBASSO inquadrava i depositi bancari sul piano delle situazioni reali di disponibilità e chiariva che «assegni e giroconto sono considerati mezzi normali di pagamento ai fini della revocatoria fallimentare», Bancogiro e moneta scritturale, p.6 e ss. Cfr. altresì A. DI MAJO, op. cit., p. 114 e 115.

(31) Vedi L. FARENGA, op. cit., p.13.

(32) B. INZITARI, voce "Moneta", in Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Torino, 1994, p.4

(33) Raccomandazione 17 novembre 1988, 88/590 CEE (definizioni).

(34) Vedi F. CHIOMENTI, I titoli di credito. Fattispecie disciplina, Milano, 1977 che, in

relazione alla carta di credito, specifica che si tratta di «congegni di mobilitazione che opera (no) attraverso una combinazione di rapporti tra soggetti determinati» e, nello stesso senso, C. Di Nanni, Pagamento e sostituzione nella carta di credito, Napoli, 1983, p. 5 e ss.

(35) Cfr. G. OLIVIERI, op. cit., p.15, il quale, citando un passo del "Libro bianco sul sistema dei pagamenti in Italia", Banca d'Italia, Roma, 1987, p.4, allude ad «una vera e propria industria dei servizi di pagamento».

(36) Vedi P. SPADA, "Carte di credito: terza generazione dei mezzi di pagamento", in Riv. dir. civ., 1976, I, p. 488.

(37) Cfr. A. DI MAJO, op. cit., p. 558, e P. SPADA, op. da ultimo cit., p. 490-491.

(38) Vedi A. DI MAJO, op. cit., p.122.

(39) P. Spada, Introduzione al diritto dei titoli di credito, Torino, 1994, p. 112.

(40) P. Spada, ibidem.

(41) Cfr. A. DI MAJO, op. cit., p. 115 e, nello stesso senso, L. FARENGA, op. cit., p. 17.

(42) A. DI MAJO, ibidem, p. 116.

(43) Per una analisi giuridica delle diverse tesi proposte vedi A. DI MAJO, op. cit., p. 117.

(44) A. DI MAJO, ibidem, p. 116.

(45) Così A. DI MAJO, ibidem.

(46) Questo aspetto, secondo parte della dottrina, determina la configurazione di una novazione c.d. soggettiva presupponendo che l'art. 1235 cod. civ. non designi una fattispecie tipica, ma, più propriamente, un effetto che può essere ottenuto con diverse forme e con diverse fattispecie – con la precisazione che si tratterebbe di una novazione *ex lege* e caratterizzata dal fatto che il debitore ha attuato il suo obbligo. Cfr. A. DI MAJO, op. cit., p. 118.

(47) Cfr. R. NICOLÒ, Il negozio delegatorio, Messina, 1932.

(48) Contra vedi P. SPADA, op. cit., p. 483, il quale, richiamandosi a R. DE ROOVER, critica tale impostazione risalente a L. GOLDCHMIDT, perché accanto alla funzione «di affrancare il nascente commercio europeo (...) dai rischi del trasporto del denaro» è presente anche un interesse speculativo sulle «variazioni delle parità monetarie tra il giorno dell'emissione del documento e il giorno della sua scadenza».

(49) B. INZITARI, "Moneta e valuta", in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, a cura di Galgano, Padova, 1983 v. IV p. 28 e ss.

(50) L'E.T.F. (Electronic Funds Transfer) «non è un singolo messaggio di trasferimento di credito bancario da un originante ad un beneficiario (...) ma una serie di relazioni bilaterali che comporta molti segmenti distinti che, nel loro insieme, costituiscono il pagamento (...)» realizzando «la razionalizzazione dei sistemi di pagamento» e il rilievo di ogni parte interessata alla transazione con i relativi diritti e doveri. Così, E. T.PATRIKIS, "The law of eletronic payments and the rationalization of payment sistem in the United States", in Quad. giuridici Banca d'Italia, n. 29, 1993, p. 220.

(51) L. Farenga, op. cit., p. 30.

(52) La definizione è di P. SPADA, op. da ultimo cit., p. 483.