SEZIONE SETTIMA

GLI STRUMENTI DI MOBILIZZAZIONE DELLA RICCHEZZA. PRINCIPI FONDAMENTALI

SOMMARIO: § 20. I titoli di credito cartacei ed elettronici. – § 21. La circolazione del denaro: gli strumenti di pagamento.

INTRODUZIONE

La ricchezza monetaria e finanziaria rappresenta uno dei fattori principali del sistema economico: essa comprende il denaro, il risparmio, gli investimenti finanziari nelle attività imprenditoriali e nello Stato e viene tradizionalmente classificata, nel suo complesso, come *ricchezza mobiliare*, in contrapposizione a quella immobiliare, costituita, come si evince dal nome, dalla proprietà fondiaria.

La ricchezza mobiliare è, per vocazione, una *ricchezza circolante*. In un'economia sviluppata, la sua **movimentazione** è una delle componenti centrali del traffico giuridico; basta pensare alla frequenza degli scambi commerciali e dunque dei pagamenti, come alle dimensioni degli investimenti finanziari e all'intensità degli scambi nei mercati (di azioni, di titoli di Stato, ecc.). In un simile contesto costituisce dunque un fondamentale fattore di crescita e di stabilità la realizzazione di alcuni obiettivi volti a promuovere e a proteggere la movimentazione di questa forma di ricchezza: ad assicurarne, in particolare, la **celerità** e la **sicurezza**.

Il perseguimento di questi obiettivi è oggi alla base di numerosi e complessi istituti, la cui disciplina rappresenta il portato di un'evoluzione storica secolare, dello sviluppo tecnologico del mondo contemporaneo e dell'affinamento della cultura e del pensiero giuridico moderno.

All'interno di questo articolato tessuto si possono riconoscere due grandi gruppi di istituti, corrispondenti alle due forme che lo spostamento in senso lato di ricchezza può assumere: questo può infatti consistere nell'*attribuzione* di unità monetarie (di denaro) da parte di un soggetto a favore di un altro, ossia nel pagamento di un'obbligazione pecuniaria, oppure nella *circolazione* in senso proprio di una situazione giuridica rappresentativa di un valore finanziario (un diritto di credito, una partecipazione sociale, ecc.). Corrispondentemente a questa suddivisione, risultano individuabili le due macrofamiglie degli **strumenti di pagamento** e degli istituti riguardanti la **circolazione dei rapporti finanziari**.

Si tratta, è agevolmente intuibile, di famiglie tra loro eterogenee e funzionali al

il mercato della ricchezza mobiliare e quindi, a monte, nel potenziamento delle opportunità di accesso al finanziamento, da parte di chi si proponga di raccogliere capitali di terzi per un qualche fine (specie imprenditoriale). Infatti, la propensione all'investimento in attività altrui, da parte di chi disponga di risorse finanziarie libere e possa dunque valutarne una conveniente allocazione, cresce in modo direttamente proporzionale al crescere della facilità di disinvestimento e quindi di recupero successivo della liquidità investita; l'esistenza di un mercato dove possano trovarsi altri investitori, interessati a subentrare nel rapporto di finanziamento, favorisce perciò l'una (la facilità di disinvestimento) ed incrementa l'altra (la propensione all'investimento). D'altra parte, la disponibilità ad acquisire valori finanziari in questo mercato è a sua volta direttamente proporzionale alle garanzie che esso è idoneo ad offrire, di fronte ai rischi tipici di ogni acquisto (il difetto di titolarità del bene ceduto, in capo all'alienante; la non corrispondenza del bene acquistato alle caratteristiche attese).

Il titolo di credito costituisce lo *strumento giuridico per una circolazione dei valori finanziari con protezione rafforzata degli acquisti* e perciò rappresenta uno strumento utile a mediare tra l'interesse di chi aspira alla raccolta di investimenti stabilmente destinati alla realizzazione di una data iniziativa e di chi, propenso all'investimento, intende peraltro riservarsene per il futuro una diversa e pronta ricollocazione. Per comprendere l'importanza del fenomeno basta pensare alla genesi delle società per azioni, agli albori dell'evo contemporaneo: nel XVI-XVII secolo, i nascenti scambi commerciali transoceanici richiedono il reperimento di risorse finanziarie ingenti, radunabili solo attraverso il ricorso al risparmio diffuso; chi investe il proprio denaro acquista una o più unità di partecipazione all'affare (le azioni), che può poi facilmente cedere in un mercato (quasi coeva è la nascita delle borse valori), recuperando le risorse investite; chi intende partecipare successivamente all'iniziativa trova a sua volta proprio nel mercato l'attesa opportunità di investimento.

La disciplina ordinaria della circolazione dei rapporti obbligatori non offre però adeguate forme di promozione e di tutela del mercato della ricchezza finanziaria.

La **circolazione non cartolare** (soggetta cioè a tale disciplina) è invero *rischiosa e scarsamente agile*. I rischi corsi dal cessionario di un diritto di credito (artt. 1260 ss.) o di un rapporto contrattuale (artt. 1406 ss.) concernono la *titolarietà* stessa e il *contenuto* della posizione giuridica acquistata: il conseguimento della prima dipendendo dal fatto che il cedente sia a sua volta titolare del diritto ceduto, o legittimato a disporne; il secondo non potendo comunque essere diverso da quello che il medesimo diritto aveva in capo al cedente (il debitore o contraente ceduto può infatti opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente: artt. 1248, 1409). Anche le modalità di attuazione del trasferimento risultano sofisticate e incompatibili con una circolazione frequente: la cessione è infatti efficace nei confronti del debitore solo a seguito di notificazione o accettazione (art. 1264) e richiede il consenso del contraente ceduto (art. 1406). D'altra parte, l'esercizio del diritto da parte del cessionario è subordinato alla prova non solo dell'esistenza del diritto, ma anche di un valido ed efficace atto di acquisto dello stesso.

La **circolazione cartolare** (cioè dei titoli di credito) asseconda invece le esigenze di celerità e protezione degli acquisti, attraverso le opportunità offerte dal *collegamento tra il documento, cartaceo od elettronico, e la posizione giuridica documentata*. Storicamente l'istituto nasce, va da sé, nella sola forma cartacea: la stessa espressione "car-

tolare" deriva dall'impiego della *chartula* come supporto documentale del rapporto obbligatorio. È solo negli ultimi decenni che la tecnica ha offerto soluzioni diverse, quale è oggi eminentemente la documentazione elettronica, che tuttavia si sono calate nella realtà dell'istituto senza snaturarne i tratti fondamentali e la funzione. La genesi storica del fenomeno e della sua disciplina impone però una considerazione separata delle due famiglie che oggi compongono l'istituto cartolare: quella dei titoli classici (cartacei) e quella dei titoli immessi nei sistemi di gestione accentrata elettronica.

I principi cardine della disciplina relativa ai **titoli cartacei** sono codificati negli artt. 1992, 1993 e 1994. La funzione di strumenti di circolazione della ricchezza mobiliare è assolta mediante l'*attribuzione di un particolare valore giuridico al collegamento tra il documento (il titolo) e il diritto documentato, che si definisce incorporazione del diritto nel documento*. Tale collegamento si esplica, sul piano giuridico, su un triplice livello:

a) correla la circolazione della posizione giuridica documentata alla circolazione della *chartula*; *l'acquirente acquista la prima in quanto acquista questa seconda*. Le implicazioni sono immediate: poiché il documento è una cosa mobile, ne è possibile l'acquisto della proprietà anche *a non domino*, purché se ne consegua il possesso in buona fede (art. 1153); per tal via, *l'acquirente del titolo di credito acquista a non domino anche il diritto documentato* (art. 1994);

b) correla il contenuto di quest'ultimo alla lettera del documento: con alcune eccezioni volte a proteggere il debitore alla cui volontà l'emissione del titolo non sia riferibile (per falsità della firma, difetto di rappresentanza, ecc.), *il contenuto della pretesa azionabile dall'acquirente è quello risultante dal titolo*, poiché nessuna eccezione personale ai precedenti possessori e non menzionata nel documento gli è opponibile (art. 1993);

c) correla l'esercizio del diritto al semplice possesso del documento (eventualmente, come si vedrà, qualificato dal ricorrere di alcune formalità, per certi tipi di titoli): *il possessore che esibisce la chartula non deve fornire altra prova della titolarità della sua pretesa* e, specularmente, il debitore che paga a suo favore è sempre liberato, a meno che non disponga di prove certe della carenza di titolarità in capo a lui (art. 1992).

Il *favor* per la circolazione e conseguentemente per la formazione di un mercato efficiente e sicuro della ricchezza cartolarizzata è evidente. Chi acquista una cambiale o l'azione di una società non ha da temere che il proprio dante causa non ne sia titolare, poiché il conseguimento del possesso in buona fede gliene assicura comunque la proprietà; né ha da temere che il rapporto documentato sia stato modificato (ad es. per la concessione di una dilazione nel pagamento) o addirittura estinto (per pagamento o per remissione, ad es.) quando faceva capo al cedente stesso o ad altri che lo avessero preceduto nella catena di trasferimenti, perché nessuna di queste eccezioni, per quanto provabile, gli è opponibile se non risulta dal titolo. Egli inoltre, in sede di esercizio del diritto, assolve ad ogni onere probatorio con la sola presentazione del documento.

L'incorporazione del diritto nel titolo rappresenta una *soluzione tecnica* che apre la strada all'operatività di principi altrimenti non applicabili: soluzione basata sull'*esclusività della relazione materiale* che si instaura tra il possessore del documento e

il rapporto documentato e sulle *evidenze offerte dalla lettera del titolo*. Proprio in quanto semplice tecnica, essa si presta ad essere surrogata da altre tecniche, che, in quanto presentino le medesime caratteristiche, consentano l'applicazione degli stessi principi normativi.

La più importante forma alternativa è oggi quella dei **titoli scritturali** (*titoli dematerializzati*), la cui disciplina è contenuta nel Testo Unico della Finanza (d.lgs. 58/1998, artt. 79-*decies* ss.). Vi sono soggetti *necessariamente* i titoli negoziati nelle sedi di negoziazione europee (si tratta principalmente dei mercati regolamentati e dunque il fenomeno riguarda le azioni quotate, i titoli di Stato, ecc.) e *facoltativamente* (cioè a scelta dell'emittente) i titoli di massa (cioè emessi in serie) non quotati (art. 83-*bis*). Qui il rapporto giuridico è documentato *in forma telematica* in un conto acceso presso un intermediario abilitato (banche, imprese di investimento, ecc.) e intestato al "possessore" del titolo; l'insieme dei titoli di pertinenza dei clienti di uno stesso intermediario viene a sua volta registrato in un conto (c.d. conto-terzi), intestato all'intermediario stesso e acceso presso un *depositario centrale* (CSD). Si delinea così una rete di conti piramidale, con al vertice il CSD e, alla base, gli intermediari e i loro rispettivi clienti. La *circolazione* dei titoli dematerializzati avviene attraverso movimentazioni contabili telematiche (*operazioni di giro*), consistenti nell'addebito della quantità di titoli ceduta, a carico del conto dell'alienante e del conto-terzi del suo intermediario, e nell'accredito della medesima quantità, a favore del conto dell'acquirente e del conto-terzi del relativo intermediario (una sorta di "consegna" virtuale del titolo).

La disciplina ricalca, nei principi, quella dei titoli cartacei. Infatti:

- a) *l'acquirente che ha ottenuto l'accredito a proprio favore in buona fede non è soggetto alla "rivindicazione" di precedenti titolari* (art. 83-*quinquies*, co. 2), cioè acquista la titolarità del rapporto documentato anche *a non domino*;
- b) *all'intestatario del conto in cui il titolo è registrato sono opponibili solo le eccezioni a lui personali e quelle comuni a tutti gli altri titolari di titoli della stessa serie* (art. 83-*septies*), quindi non quelle personali ai precedenti "possessori";
- c) *il titolare del conto ha la legittimazione piena ed esclusiva all'esercizio dei diritti nascenti dal rapporto documentato* (art. 83-*quinquies*, co. 1) e quindi, presentata all'emittente l'attestazione della registrazione dei titoli nel suo conto, non deve fornire altra prova della sua titolarità.

II. La fattispecie titolo di credito

La figura in esame abbraccia un'ampia varietà di specie. A seconda della natura della posizione giuridica documentata possono distinguersi:

- a) **titoli di finanziamento**, che incorporano un diritto di credito avente ad oggetto una prestazione pecuniaria: cambiali, titoli di Stato, ecc.; la stessa espressione "titolo di credito" è legata proprio ai più antichi esempi di questa figura, le cambiali;
- b) **titoli partecipativi**, che incorporano una posizione giuridica complessa, rappresentativa della partecipazione economica ed organizzativa ad una iniziativa produttiva: azioni di società, strumenti finanziari partecipativi, ecc.; qui il rapporto documentato comprende diritti patrimoniali (agli utili, alla quota di liquidazione) e amministrativi (di voto, di controllo, ecc.);

c) **altri valori finanziari**, che documentano posizioni giuridiche di vario tipo, come diritti di opzione, quote di fondi comuni di investimento;

d) **titoli rappresentativi di merci** (art. 1996), che incorporano il diritto alla consegna di merci (ad es. derrate alimentari) depositate presso un terzo o trasportate da un vettore, il possesso delle stesse e il potere di disporne mediante trasferimento del titolo.

Molte di queste figure sono direttamente menzionate e più o meno ampiamente regolate dalla legge: a cambiali e assegni sono dedicati i rr.dd. 1669 e 1736/1933, alle azioni di società gli artt. 2346 ss., ai titoli rappresentativi di merci l'art. 1996, e via discorrendo. È tuttavia opinione comune, per quanto non incontrastata, che il sistema sia retto dal **principio di atipicità**, che, cioè, sia possibile la creazione di titoli diversi da quelli normativamente tipizzati. Lo si deduce dall'art. 2004, che, vietando l'emissione di titoli al portatore (cioè circolanti mediante semplice consegna materiale, senz'altra formalità) contenenti l'obbligazione di pagare una somma di denaro, al di fuori dei casi stabiliti dalla legge (ciò per evitare la creazione di un sistema privato di moneta, parallelo a quello legale), parrebbe in ogni altra ipotesi autorizzare l'emissione di titoli atipici.

Tutto questo comporta la necessità di individuare gli **elementi costitutivi della fattispecie cartolare**, i requisiti e le condizioni in presenza dei quali, cioè, un documento in concreto menzionante una posizione giuridica è qualificabile come titolo di credito. Non ogni supporto cartaceo su cui sia annotato un rapporto giuridico, infatti, è suscettibile in questa fattispecie: non lo è ad es. l'atto notarile di compravendita di un immobile, nonostante vi sia indicato il credito del venditore al prezzo, né l'atto di concessione di una garanzia fideiussoria, ma neppure il biglietto aereo o per l'accesso allo stadio di calcio. Sennonché non esiste alcuna norma definitoria a tal proposito.

La questione dell'individuazione della fattispecie cartolare è, proprio per tale ragione, uno dei nodi irrisolti di questa materia. Va osservato che la nozione esposta in apertura (essere il titolo di credito il documento menzionante una situazione giuridica circolante secondo principi di autonomia) non ha, sotto il profilo ora in esame, rilievo alcuno, poiché enuncia la *disciplina*, non la *fattispecie*: sintetizza cioè le regole cui soggiace un dato documento, una volta che lo si è qualificato come titolo di credito, ma non indica quali elementi consentano tale qualificazione, ed è perciò una *definizione normativa*, non *tipologica*.

Ciononostante essa aiuta l'indagine, poiché, sottolineando la funzione dell'istituto, permette di cogliere gli interessi al cui servizio esso deve porsi e di individuare così in presenza di quali condizioni tali interessi si profilano. Ogni regola giuridica, infatti, è strumentale al soddisfacimento di un'esigenza; per ragioni di coerenza interna, alla fattispecie cui essa si applica deve, dunque, essere immanente la manifestazione di questa esigenza, sicché, quando non è lo stesso legislatore a definire la fattispecie, l'interprete può ricostruirla risalendovi utilmente dalla disciplina. Per quel che riguarda il titolo di credito, la più moderna dottrina ne ha messo in luce la funzione, già illustrata, di promozione del mercato e di mediazione nella raccolta e nella circolazione dei finanziamenti. Può dunque definirsi titolo di credito quel *documento formato ed emesso per realizzare un'operazione di finanziamento tra colui che è interessato a conseguire l'investimento e colui che è interessato a concederlo assicurandosene però una facile liquidabilità mediante la negoziazione del rapporto*. Centrale è dunque la *volontà dell'emittente e del primo prenditore*; ma poiché la manifestazione di volon-

tà contenuta nel documento, se di titolo di credito vero e proprio si tratta, è destinata a rilevare non solo nei rapporti tra le parti originarie, ma anche nei confronti della comunità dei terzi che operano nel mercato, *essa va interpretata, ex art. 1366, secondo il significato che l'indeterminato, potenziale destinatario di media diligenza potrebbe attribuirle*; perciò, perché il documento sia effettivamente qualificabile come titolo di credito, occorre che esso venga percepito come tale (cioè come destinato alla circolazione) dalla comunità dei consociati e, viceversa, il documento che riveste questo significato per i terzi va qualificato come titolo di credito a prescindere dall'effettivo intento dell'emittente.

Ciò consente di comprendere perché negli esempi fatti (atto pubblico di compravendita, biglietto aereo, ecc.) non siano rilevabili gli elementi costitutivi della fattispecie cartolare. In particolare, consente di cogliere la distinzione fra i titoli di credito e i c.d. *documenti di legittimazione*, che hanno la sola funzione di permettere una pronta identificazione del destinatario di una prestazione (art. 2002): così è per i biglietti della lotteria, per i contrassegni rilasciati al deposito bagagli o al guardaroba, per i gettoni delle giostre, che non presentano, all'evidenza, alcuna destinazione alla circolazione e la cui unica funzione è quella di facilitare l'esecuzione della prestazione conferendo al loro possessore una prova immediata del suo diritto e giovando altresì al debitore, che si libera se paga in buona fede a chi gli esibisce il documento, secondo il principio del pagamento al creditore apparente (art. 1189).

Il problema dell'individuazione della fattispecie si fa assai meno complesso per i **titoli scritturali**, perché qui la documentazione (registrazione nel conto) coincide con l'immissione nel sistema di gestione accentrata, che di per sé vale come destinazione alla circolazione e viene percepita come tale dal mercato.

III. I principi cartolari

Il cuore dell'istituto cartolare è situato su un duplice livello: nella disciplina della circolazione, ove si delinea la pronunciata tutela dell'acquirente di cui si è detto, e nelle regole di esercizio del diritto, imperniate sull'esibizione del titolo. I relativi principi vengono tradizionalmente riassunti nelle formule dell'**autonomia** (reale ed obbligatoria), della **letteralità** e dell'**astrattezza**, che traducono e spiegano la tutela degli acquisti, e della **legittimazione attiva e passiva**, che attengono alla fase esecutiva del rapporto documentato.

L'intero sistema di queste regole si basa sulla circostanza di fatto della documentazione e del concreto ed esclusivo controllo su quest'ultima da parte di chi ha in mano la *chartula* o (per i titoli scritturali) di chi dispone del conto in cui il titolo è registrato. Per questo motivo, prima di esaminare i principi cartolari, debbono essere definiti i tratti di questa situazione di fatto.

1. Le leggi di circolazione dei titoli

A) Per i **titoli cartacei**, centrale nel sistema è il **possesso** della *chartula*: l'autonomia dell'acquisto (artt. 1993 e 1994) giova a chi consegue il possesso del documento,

la legittimazione all'esercizio del diritto spetta al possessore, il debitore è liberato se adempie la prestazione a favore del possessore (art. 1992).

Tuttavia da questo punto di vista non sempre è sufficiente il semplice possesso. Esistono infatti tre distinte categorie di titoli di credito, ciascuna caratterizzata da una propria *legge di circolazione*:

1) **titoli al portatore** (ad es. libretto di risparmio al portatore emesso da una banca): circolano mediante semplice consegna materiale (art. 2003) e l'applicazione delle regole cartolari si ricollega al possesso del documento, senza ulteriori formalità;

2) **titoli all'ordine** (ad es. assegni, cambiali): contengono l'impegno ad eseguire la prestazione "all'ordine di" un soggetto menzionato nel documento e dunque circolano mediante consegna materiale accompagnata dalla *girata*, cioè dalla sottoscrizione apposta dall'alienante (girante) sul documento stesso, con l'indicazione del nuovo creditore (giratario: "e per me pagate a ..."); l'applicazione delle regole cartolari si ricollega perciò al possesso del titolo, *accompagnato da una serie continua di girate*, in cui ciascun girante figura come giratario nella girata precedente (art. 2008);

3) **titoli nominativi** (ad es. azioni): come nei titoli all'ordine, il nome del creditore è menzionato nel documento, ma, in più, esso è riprodotto anche in un registro tenuto dall'emittente; la circolazione avviene mediante consegna della *chartula* e indicazione del nome dell'acquirente sul titolo e nel registro, a cura dell'emittente (c.d. *transfert*: art. 2022), oppure mediante girata autenticata e successivo aggiornamento del registro dell'emittente (art. 2023); perciò l'applicazione delle regole cartolari è collegata al possesso, accompagnato dalla duplice intestazione (art. 2021).

Si parla, per i titoli all'ordine e nominativi, di **possesso qualificato**.

Naturalmente, il trasferimento di un titolo di credito richiede sempre l'esistenza di un *valido ed efficace negozio traslativo*; la consegna, eventualmente qualificata, attiene alla fase esecutiva del negozio e non può, da sola, sopperire alla sua mancanza; tuttavia essa assume un ruolo fondamentale nella circolazione, perché è proprio grazie ad essa che si determina la protezione rafforzata dell'acquirente.

B) Per i **titoli scrittureali** la disciplina poggia sul dato della menzione del diritto nel conto e della movimentazione virtuale tra conti; non è configurabile una situazione di possesso in senso tecnico del documento, cioè del supporto materiale, né una sua movimentazione fisica, e dunque una consegna, nella circolazione del diritto; ad essi equivale però la **titolarità del conto** in cui questo è registrato: al possessore del titolo cartaceo corrisponde qui il titolare del conto e alla consegna del titolo corrisponde l'operazione di giro (addebito/accredito) tra conti. Come si è detto, le conseguenze sul piano della disciplina sono identiche. Per questi titoli la legge di circolazione risulta unica e si basa sulla consegna virtuale mediante operazione di giro.

2. *L'autonomia reale*

L'art. 1994 dispone, per i titoli cartacei, che "chi ha acquistato in buona fede il possesso di un titolo di credito, in conformità delle norme che ne disciplinano la circolazione, non è soggetto a rivendicazione"; in altre parole, ne **acquista la titolarità anche a non domino** e il terzo proprietario non può rivendicare il titolo nei suoi confronti. Si parla perciò di **autonomia reale** nella circolazione.

L'operatività di questo principio, che non si applica invece alla circolazione dello

stesso rapporto giuridico che non sia documentato in un titolo di credito, è resa possibile, come si è evidenziato, dall'**incorporazione** del primo nel secondo: il rapporto obbligatorio, per sua natura immateriale, viene materializzato, aggregato alla *chartula*, cosa mobile materiale a tutti gli effetti; e questo vincolo giuridico fa sì che, acquistando (anche *a non domino*, ex art. 1153) la proprietà della cosa, l'acquirente divenga altresì titolare del rapporto obbligatorio.

La portata dell'art. 1994 coincide con quella dell'art. 1153. L'acquisto della proprietà del documento e della titolarità del rapporto incorporato presuppone perciò l'esistenza di un *negozio traslativo pienamente valido ed efficace*: il possesso (eventualmente qualificato, a seconda del tipo di titolo) sana esclusivamente il difetto di proprietà dell'alienante, non altri vizi che inficino l'atto. L'acquirente, d'altra parte, acquista il titolo libero da vincoli che non risultino da questo (cfr. artt. 1997 e 2024).

La tutela giova all'acquirente a condizione che consegua in buona fede il possesso del titolo. La **buona fede** (presunta: art. 1147) consiste nell'ignoranza dell'altruità del titolo. Per quanto riguarda l'apprensione della *chartula*, basta il **possesso semplice**, nei titoli al portatore, mentre occorre in più la **girata** a proprio favore (ultima di una serie continua di girate), nei titoli all'ordine, e ancora la **girata** o il *transfert*, per quelli nominativi. È chiaro dunque che l'acquisto *a non domino* è più difficile per queste due ultime categorie di titoli: e tuttavia esso può verificarsi, quando il dante causa, pur figurante come giratario nella penultima delle girate, non avesse acquistato la proprietà del titolo (ad es. per l'invalidità del suo atto di acquisto), o quando egli, sottratto il documento al vero proprietario, ne falsifichi la sottoscrizione girando il titolo a se stesso e poi al proprio avente causa.

Per i **titoli scrittureali**, l'art. 83-*quinquies*, co. 2, TUF dispone che "colui il quale ha ottenuto la registrazione in suo favore, in base a titolo idoneo e in buona fede, non è soggetto a pretese o azioni da parte di precedenti titolari". Non si parla qui di "rivendicazione", ma di "azione del precedente titolare", semplicemente perché, non essendo in gioco la proprietà di una *chartula*, l'azione con cui il titolare fa valere la propria titolarità nei confronti di chi "detenga" indebitamente il titolo (di chi, cioè, sia intestatario del conto in cui questo è registrato) non sarebbe, tecnicamente, una rivendica; ma il principio è identico all'art. 1994.

3. L'autonomia obbligatoria. La letteralità e l'astrattezza

Per i titoli cartacei, l'art. 1993 stabilisce che "il debitore può opporre al possessore [eventualmente qualificato] del titolo soltanto le eccezioni a questo personali" e una serie di altre eccezioni opponibili a chiunque, mentre "le eccezioni fondate sui rapporti personali con i precedenti possessori" sono opponibili a quello attuale "soltanto se, nell'acquistare il titolo", questi "ha agito intenzionalmente a danno del debitore medesimo".

Di regola, nella circolazione non cartolare di un rapporto obbligatorio, il debitore conserva nei confronti del cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente. La circolazione cartolare è caratterizzata invece dall'**autonomia obbligatoria** dell'acquisto e quindi dall'indipendenza della posizione dell'acquirente rispetto a quella dei precedenti creditori. Tale indipendenza si esprime attraverso le formule della *letteralità* e dell'*astrattezza*. **Letteralità** significa che il possessore può esercitare

la pretesa nei termini che sono indicati nel titolo, senza subire le conseguenze di eventuali atti modificativi del contenuto (es.: dilazioni, remissioni parziali) o estintivi della stessa (es.: pagamento) riferibili a precedenti possessori, ma non risultanti dal documento. **Astrattezza** significa che la creazione del titolo *scinde giuridicamente* (astrae) *il diritto cartolare dal rapporto giuridico che vi ha dato causa* (c.d. *rapporto fondamentale*), rendendo quest'ultimo irrilevante nei confronti dei successivi possessori del titolo, che non sono parti di tale rapporto; così il rilascio di una cambiale per il pagamento del prezzo di un bene dà vita ad un credito astratto rispetto al rapporto di compravendita, la cui esistenza, i cui vizi, le eccezioni scaturenti dal quale sono inopponibili ai terzi che successivamente acquistino la cambiale dal prenditore della stessa (cioè dal primo possessore, il venditore del bene).

A tal proposito le eccezioni opponibili dal debitore di un titolo di credito si distinguono in:

a) **eccezioni reali**. Sono opponibili a qualunque possessore e comprendono:

a1) quelle "*fondate sul contesto letterale del titolo*" (ad es., il fatto che la somma dovuta risulti inferiore rispetto a quella pretesa) e quelle "*di forma*" (ad es., l'art. 1 r.d. 1669/1933 richiede l'apposizione della denominazione "cambiale" sul relativo titolo e nella lingua in cui esso è redatto); anche modifiche al rapporto originario (un pagamento parziale, una dilazione) divengono eccezioni fondate sulla lettera del titolo, se vi sono documentate;

a2) talune eccezioni di non riferibilità dell'obbligazione cartolare alla volontà di chi figura come debitore: *falsità della firma, difetto di capacità* (d'agire, non di capacità naturale ex art. 428) *o di rappresentanza al momento dell'emissione*, cui va aggiunta *la violenza fisica*;

b) **eccezioni personali**. Sono opponibili solo al singolo possessore e comprendono:

b1) *eccezioni personali in senso stretto*: il difetto di proprietà del titolo (ad es., perché acquistato in base ad un negozio nullo, o *a non domino* in mala fede) e il difetto di legittimazione (cioè la carenza di possesso qualificato del titolo);

b2) *eccezioni fondate su rapporti personali con l'attuale possessore*: si tratta di tutti i fatti che incidono sull'esistenza o sul contenuto della pretesa documentata, intercorsi con tale possessore; vi rientrano gli atti o le vicende direttamente modificativi del rapporto cartolare (la concessione di una dilazione nel pagamento, l'adempimento della prestazione, ecc.), nonché le vicende concernenti altri rapporti, che possano dar luogo ad un'eccezione di compensazione. È a quest'ultimo tipo di eccezione che vanno ricondotte quelle scaturenti dal rapporto fondamentale (sempre che l'attuale possessore ne sia parte);

b3) *eccezioni fondate su rapporti personali con i precedenti possessori*: si tratta di tutte quelle radicate in fatti e rapporti (ivi compreso il rapporto fondamentale), non riferibili al possessore attuale; esse restano a costui inopponibili, a meno che egli non abbia acquistato il titolo intenzionalmente a danno del debitore, cioè al solo scopo di privarlo dell'eccezione (non basta dunque la consapevolezza di questa). È in tale inopponibilità che si manifesta l'autonomia obbligatoria dell'acquisto cartolare.

Il principio di letteralità assume caratteri differenziati a seconda del particolare tipo di titolo. Esistono infatti titoli *a letteralità piena*, come la cambiale o l'assegno, in cui il documento contiene integralmente gli elementi della pretesa. Accanto ad essi, vi sono però titoli *a letteralità incompleta*, che menzionano solo in parte il contenuto del

rapporto cartolare, bisognoso di integrazione con ulteriori documenti: è il caso del titolo azionario, che va integrato con lo statuto della società, per conoscere estensione e modalità di esercizio dei diritti del socio.

Identica è l'autonomia obbligatoria nella circolazione dei **titoli scritturali**: l'art. 83-*septies* TUF dispone che, all'intestatario del conto, "l'emittente può opporre soltanto le eccezioni [a lui] personali e quelle comuni a tutti gli altri titolari degli stessi diritti" (ossia di titoli della stessa specie). Quest'ultima formula corrisponde a quella delle eccezioni reali, elencate nell'art. 1993: nei titoli azionari è comune, ad es., l'eccezione fondata su una norma statutaria (che, per l'art. 1993, è eccezione fondata sul contesto letterale del titolo, stante la letteralità incompleta di quello azionario), o, nei titoli obbligazionari, quella consistente nell'assenza della delibera di emissione da parte dell'organo societario preposto (che, per l'art. 1993 applicato ai titoli emessi da persone giuridiche, corrisponde alle eccezioni di irrifiribilità dell'emissione alla volontà di chi figura come debitore).

4. La legittimazione cartolare attiva e passiva

La proprietà del documento attribuisce la *titolarità* del rapporto documentato, nei titoli cartacei. **Il possesso, eventualmente qualificato, attribuisce la legittimazione.** Questa attiene alla fase di esercizio del diritto e lo rende più agevole.

L'art. 1992, co. 1, stabilisce infatti che "il possessore ... ha diritto alla prestazione in esso indicata verso presentazione del titolo, purché sia legittimato nelle forme prescritte dalla legge" (cioè purché il suo possesso sia qualificato, nei titoli all'ordine o nominativi). È questa la c.d. **legittimazione attiva**. La norma va però interpretata correttamente: il fatto che il possessore abbia "diritto alla prestazione" non significa che, di per sé, il possesso, sia pure qualificato per i titoli per cui occorre, conferisca la titolarità del diritto, la quale è infatti legata, come si è appena detto, alla proprietà della *chartula*; significa invece che il possessore che esibisca il titolo non deve fornire altra prova della sua titolarità; in altre parole, *il possesso determina una presunzione di titolarità*, presunzione relativa, non già assoluta, essendo sempre possibile che il debitore fornisca la prova contraria (ad es. dimostri che l'attuale possessore ha acquistato il titolo in base a un atto nullo). La funzione dell'istituto, da questo punto di vista, è dunque quella di facilitare l'esercizio del diritto, senza gravare il cessionario dell'onere della prova che altrimenti, nella circolazione non cartolare, dovrebbe sostenere.

Logico corollario della legittimazione attiva è la **legittimazione passiva**, consacrata nel co. 2: "il debitore, che senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del possessore, è liberato anche se questi non è il titolare del diritto". Il pagamento nei confronti del possessore (eventualmente qualificato) è sempre liberatorio per il debitore, che dunque non potrà essere costretto ad un secondo adempimento da parte del vero titolare del diritto, a meno che non versi in dolo o colpa grave. Non basta però, perché il pagamento non sia liberatorio, la conoscenza o la conoscibilità, da parte del debitore, del difetto di titolarità in capo al possessore: infatti questi otterrebbe comunque, dietro semplice presentazione del titolo, la condanna al pagamento in suo favore, a meno che il debitore non possa provare tale difetto; perciò "dolo o colpa grave", ai sensi della norma in esame, si hanno solo quando il debitore

disponesse (dolo) o avrebbe potuto agevolmente disporre (colpa grave) di *prove certe e liquide* che gli avrebbero consentito di respingere la pretesa del possessore.

Nei **titoli scrittureali**, la *legittimazione attiva* è collegata all'**intestazione del conto** in cui il titolo è registrato: infatti, "effettuata la registrazione, il titolare del conto [...] ha la legittimazione piena ed esclusiva all'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari in esso registrati, secondo la disciplina propria di ciascuno di essi" (art. 83-*quinquies*, co. 1, TUF). L'intestazione del conto sostituisce dunque il possesso della *chartula*.

Peraltro, non essendo l'*hardware* ove il titolo è memorizzato un documento che il "possessore" del titolo possa esibire all'emittente, le modalità di esercizio del diritto sono qui più complesse. I diritti patrimoniali (riscossione di dividendi, di interessi, ecc.) sono infatti necessariamente esercitati, in forma mediata, collettiva e anonima, attraverso gli intermediari e il CSD (art. 83-*quater*, co. 1); solo i diritti amministrativi (es.: per le azioni, il voto assembleare, il controllo dei libri sociali) sono esercitati direttamente dall'intestatario del conto, dietro presentazione di una "certificazione", cioè di un documento (che non ha natura di titolo di credito) rilasciato su richiesta dall'intermediario e attestante la registrazione dei titoli nel conto intestato al richiedente (art. 83-*quinquies*, co. 3), oppure, specie per la partecipazione alle assemblee, a seguito dell'invio, da parte dell'intermediario, di una comunicazione elettronica diretta all'emittente, contenente la medesima attestazione (art. 83-*sexies*).

Anche nel sistema scritturale, la legittimazione non coincide con la titolarità del rapporto giuridico registrato e può accadere che legittimato sia un soggetto diverso dal titolare (ad es., colui che ha acquistato in base ad atto nullo). Perciò l'emittente può eccepire all'intestatario del conto il difetto di titolarità, se riesce a provarlo. E corollario di ciò, anche qui, è la *legittimazione passiva*: il principio dell'art. 1992, co. 2, pur non riprodotto, è senz'altro analogicamente applicabile, stante l'identità dei due sistemi, cosicché il debitore che senza dolo o colpa grave adempie nei confronti dell'intestatario del conto (i cui dati siano pure annotati nel suo registro, se il titolo è nominativo) è liberato anche se questi non è il titolare del diritto.

§ 21. LA CIRCOLAZIONE DEL DENARO: GLI STRUMENTI DI PAGAMENTO

SOMMARIO: I. *Dalla circolazione di denaro contante all'utilizzo di strumenti di pagamento "sostitutivi" e "alternativi"*. – II. *Gli strumenti di pagamento sostitutivi: l'assegno bancario e circolare*. – 1. I titoli cambiari: profili generali. – 2. La cambiale: cenni. – 3. L'assegno bancario. – 4. L'assegno circolare. – III. *Gli strumenti di pagamento "alternativi" al denaro contante*. – 1. Una ricognizione degli strumenti "alternativi". – 2. La disciplina dei servizi di pagamento: le linee di fondo del d.lgs. 11/2010.

I. *Dalla circolazione di denaro contante all'utilizzo di strumenti di pagamento "sostitutivi" e "alternativi"*

Nella società contemporanea può dirsi ormai acquisito che ogni trasferimento di denaro tra un soggetto ed un altro - indipendentemente dal rapporto giuridico sottostante - possa essere eseguito oltre che con la materiale consegna di pezzi monetari anche con modalità differenti.

L'odierno sistema dei pagamenti ruota attorno alla nozione di **moneta scritturale**, ovvero moneta che, in senso lato, costituisce il prodotto della prestazione di servizi di pagamento. Più precisamente, con tale espressione ci si riferisce all'*insieme dei saldi disponibili dei conti accesi presso banche o altri intermediari specializzati* (altresì detti debiti a vista), la cui movimentazione è in grado di produrre il trasferimento di una certa disponibilità monetaria da un soggetto ad un altro.

Basandosi sulla movimentazione di crediti disponibili, l'uso della moneta scritturale postula, quindi, la costante fiducia del pubblico nella *solvibilità degli intermediari coinvolti* e nella capacità degli stessi di convertirla, in qualunque momento e a semplice richiesta, in moneta legale. Il che a sua volta presuppone l'esistenza in ogni contesto nazionale di un "**sistema dei pagamenti**", vale a dire di un articolato assetto in grado di agevolare il regolare completamento del processo tramite cui si realizza il trasferimento monetario e di tutelare la fiducia riposta dal pubblico nell'accettazione e nell'efficacia liberatoria della moneta scritturale (sia dal punto di vista istituzionale che da quelli tecnico-operativo e infrastrutturale). È per queste ragioni che negli Stati moderni la prestazione di servizi di pagamento e l'uso della moneta scritturale sono di norma circondati e presidiati da un adeguato **regime di controlli pubblici**.

Negli ultimi anni, l'evoluzione del settore dei servizi di pagamento e la progressiva implementazione di nuove tecnologie ha affiancato alla moneta scritturale le c.d. valute virtuali, definite come rappresentazioni digitali di valore che funzionano come mezzo di scambio, unità di conto e/o strumento di conservazione del valore, pur senza essere riconosciute come valuta avente corso legale.

Tali valute non sono, infatti, emesse né garantite da uno Stato e sono utilizzate ed accettate all'interno di una specifica comunità virtuale. Esse possono essere memorizzate sul computer in appositi portafogli digitali (*e-wallets*) e, all'occorrenza, trasferite

e negoziate elettronicamente. Il loro impiego prescinde, dunque, da forme di intermediazione tradizionale e potrebbe costituire una sfida importante per gli strumenti di pagamento al dettaglio esistenti.

Ritornando al novero degli strumenti di pagamento più tradizionali, fra quelli utilizzati nella prassi, ormai una trentina d'anni or sono in dottrina era stata elaborata una distinzione, ancora oggi utilizzata in letteratura, fra *mezzi di pagamento c.d. sostitutivi* e *mezzi di pagamento c.d. alternativi* del denaro contante.

Ai **mezzi di pagamento c.d. sostitutivi** venivano e sono ancora ricondotti tutti quegli strumenti che consentono di evitare un trasferimento diretto di denaro contante fra debitore e creditore sostituendolo con la consegna di *documenti rappresentativi* di esso, comunemente accettati come corrispettivo di uno scambio in sostituzione temporanea della moneta medesima. Nella "famiglia" il ruolo principale è senza dubbio svolto dagli *assegni bancari e circolari* appartenenti (assieme alla cambiale) ad una particolare tipologia di *titoli di credito (c.d. cambiari)*.

I **c.d. mezzi di pagamento "alternativi"** sono invece strumenti – aventi tra loro natura, funzioni e implicazioni spesso differenti – attraverso i quali viene totalmente evitato il trasferimento materiale di denaro, in luogo del quale vengono eseguite da banche o istituti di pagamento scritturazioni a debito e a credito su conti di titolarità dei soggetti coinvolti nell'operazione.

Una distinzione simile è stata fatta propria pure dal legislatore europeo che con la direttiva 2007/64/CE sui "servizi di pagamento nel mercato interno" (PSD), recepita in Italia con il d.lgs. 11/2010, ha scelto di occuparsi di una vasta gamma di operazioni di pagamento ad eccezione di quelle basate su uno dei seguenti tipi di documenti cartacei: "assegni, titoli cambiari, voucher, traveller's cheque, vaglia postali" (art. 2, co. 2, lett. g) d.lgs. 11/2010).

E per tale ragione si è scelto di trattare anche in questa sede separatamente le due tipologie di strumenti, pur nella consapevolezza che alcune questioni giuridiche di fondo sono in realtà comuni ad entrambe e si gioverebbero, quindi, di un trattamento giuridico unitario.

II. *Gli strumenti di pagamento sostitutivi: l'assegno bancario e circolare*

1. *I titoli cambiari: profili generali*

Come si è già accennato, i **titoli cambiari** – e fra questi, in particolare, l'assegno e la cambiale, per i quali nel nostro ordinamento è prevista una regolamentazione assai dettagliata e preesistente rispetto al Codice civile (per l'assegno r.d. 1736/1933; per la cambiale r.d. 1669/1933) – sono stati, specie in passato, spesso impiegati nel pagamento di debiti pecuniari consentendo al debitore di evitare un trasferimento materiale di pezzi monetari.

Sotto l'**aspetto strutturale**, cambiale e assegno mostrano caratteri di forte similitudine presentandosi come una *promessa di pagamento del sottoscrittore a favore della persona indicata nel titolo* (prenditore) (nell'ipotesi del **pagherò cambiario** – o vaglia cambiario o cambiale propria – e in quella dell'**assegno circolare**); ovvero come un *ordine di pagamento impartito da un soggetto* (traente) *ad un altro soggetto* (trattario) sempre a favore del portatore del titolo (nell'ipotesi della **cambiale tratta** e in quella dell'**assegno bancario**).

Sotto l'**aspetto funzionale**, invece, i titoli cambiari vengono bipartiti in maniera differente: la *cambiale tratta* e il *pagherò cambiario* rispondono ad una **funzione creditizia**, ossia di differimento nel pagamento di una certa somma; l'*assegno bancario* e l'*assegno circolare* rispondono, invece, ad una **funzione di pagamento**, consentendo a chi abbia somme disponibili presso una banca di utilizzarle per effettuare, suo tramite, pagamenti a terzi.

Più in dettaglio, al fenomeno "cambiale" la funzione "creditizia" appare intrinsecamente connaturata in quanto dall'elencazione dei requisiti della cambiale di cui all'art. 1 e nell'art. 100 del r.d. 1669/1933 risulta che la medesima è un titolo normalmente *all'ordine* contenente l'obbligazione incondizionata di pagare o di far pagare una somma di denaro *alla scadenza e nel luogo* indicati nel titolo stesso. Diversamente, l'assegno (sia nella variante dell'assegno bancario che in quella dell'assegno circolare), pur appartenendo anch'esso alla categoria dei titoli cambiari e condividendo con la cambiale i nuclei disciplinari portanti, sotto il profilo funzionale si connota essenzialmente come strumento di pagamento. E ciò in quanto è caratterizzato dall'*esigibilità a vista*, nonostante ogni eventuale scadenza apposta sul titolo, e dall'assoggettamento della sua *presentazione a termini brevissimi*, pena le conseguenze negative su cui v. *infra*, II.3.

Solo l'assegno, poi, si presenta come *inscindibilmente connesso* - in entrambe le varianti - con l'attività di *intermediazione bancaria*, dovendo di necessità (per assicurare la costante solvibilità) sia il trattario di un assegno bancario che l'emittente di un assegno circolare essere banche. E in particolare per quanto riguarda l'assegno bancario la sua ormai indiscussa struttura di delegazione di pagamento lo avvicina sensibilmente ad altre tipologie di strumenti di pagamento quali il bonifico, l'addebito diretto o le carte di debito/credito di cui ci si occuperà più avanti.

Proprio la diversità di funzione tra cambiale e assegno conduce peraltro a dare maggiore spazio in questa sede, dedicata agli strumenti di circolazione della ricchezza mobiliare e in particolare del denaro, alle *regole sull'assegno*, limitando a brevi cenni l'analisi della disciplina della cambiale (peraltro per numerosi profili coincidente) nonostante quest'ultima continui senza dubbio a rappresentare un punto di riferimento sistematico per l'intera materia.

2. La cambiale: cenni

La cambiale è un **documento**, stampato o dattiloscritto o manoscritto, che viene detto *completo*, nel senso che tutte le clausole che individuano e regolano il diritto cartolare di credito (enumerate agli artt. 1 e 100 r.d. 1669/1933) devono essere contenute nello stesso documento cambiario, senza possibilità di riferimenti ad altri documenti. Solo a fini fiscali e non per la validità della cambiale è obbligatorio l'uso dell'apposita *carta bollata*: se però, sin dall'inizio, il documento non è stato bollato, la cambiale non ha qualità di titolo esecutivo.

Essendo un **titolo normalmente all'ordine**, essa circola per mezzo della girata (art. 15 r.d. 1669/1933), che produce l'effetto di fare diventare il giratario portatore legittimo della cambiale (funzione di trasferimento).

È un **titolo astratto**, perché il rapporto sottostante tra traente (o emittente) della cambiale e primo prenditore (detto *rapporto di valuta*) non risulta dal titolo e può es-

sere il più vario (ad es. l'obbligo di pagare il corrispettivo di una compravendita oppure l'obbligo di restituzione che deriva da un contratto di finanziamento). Nella cambiale tratta, oltre al rapporto di valuta intercorrente tra traente e primo prenditore, vi è il *rapporto di provvista*, intercorrente tra traente e trattario, che vede di solito quest'ultimo debitore della somma verso il primo per un debito non cambiario. In questa ipotesi, il trattario, pagando la cambiale, estingue contemporaneamente il rapporto di valuta del traente verso il prenditore e il rapporto di provvista di se stesso verso il traente.

La cambiale nasce con la **dichiarazione cambiaria del traente** (o dell'emittente); spesso, però, dopo l'emissione del titolo e prima della sua scadenza, sulla cambiale vengono aggiunte *altre dichiarazioni*, da ognuna delle quali nasce un *obbligo cambiario* del sottoscrittore verso il creditore cambiario.

Nella cambiale tratta può infatti innanzitutto accadere che il trattario accetti (scrivendo e sottoscrivendo sul documento una **dichiarazione di accettazione**), diventando obbligato cambiario (art. 33, co. 1, r.d. 1669/1933; prima dell'accettazione, egli non ha alcun obbligo nei confronti del possessore della cambiale). Oppure, nell'ipotesi di circolazione per mezzo della **girata**, è il girante a divenire obbligato cambiario nei confronti del proprio giratario e dei giratari successivi (funzione di garanzia). Vi possono essere poi le **dichiarazioni di avallo**, con cui si garantisce il pagamento del debito cambiario assunto da un altro soggetto (art. 35 r.d. 1669/1933): anche gli avallanti diventano obbligati cambiari, assumendo la stessa posizione dell'obbligato cambiario per il quale hanno garantito, indicato nella stessa dichiarazione di avallo e detto avallato.

Le varie obbligazioni, che derivano dalle varie dichiarazioni cambiarie, godono del **principio di indipendenza**, nel senso che l'invalidità di una delle obbligazioni non influisce sulla validità delle altre (art. 7 r.d. 1669/1933).

Gli obbligati cambiari si distinguono in **obbligati diretti** (emittente, accettante e loro avallanti: art. 49 e 103 r.d. 1669/1933) e **obbligati di regresso** (traente, giranti e loro avallanti).

La distinzione è molto rilevante perché gli obblighi degli obbligati diretti almeno in parte sono regolati diversamente da quelli degli obbligati di regresso: così, ad es., solo gli obblighi degli obbligati di regresso si estinguono per mancanza di protesto (una particolare procedura con cui si fa constare il mancato pagamento: art. 50); il termine di prescrizione degli obblighi degli obbligati diretti è più lungo di quello degli obblighi degli obbligati di regresso, ecc.

Alla scadenza, il **pagamento** della somma cambiaria deve essere chiesto al trattario nella cambiale tratta, all'emittente nella cambiale propria. Legittimato a chiedere il pagamento è il portatore legittimo della cambiale, cioè, trattandosi di un titolo all'ordine, chi risulta ultimo giratario in base ad una serie continua di girate.

Se l'obbligato principale rifiuta il pagamento della somma indicata, l'ultimo giratario può rivolgersi per il pagamento ad uno qualunque, a sua scelta, tra gli altri obbligati cambiari.

Solo se il pagamento è compiuto dall'emittente o, in caso di cambiale tratta accettata, dall'accettante (cioè, dall'obbligato principale) si estinguono tutti i rapporti cambiari; se, invece, il pagamento viene eseguito da un altro obbligato cambiario (ad es. un girante), questi può pretendere a sua volta il rimborso di quanto ha pagato dai

giranti che lo precedono, dal traente o dai loro avallanti. In questo consiste il c.d. **ordine (o nesso) cambiario**.

La cambiale è, infine, un **titolo esecutivo**, in quanto il creditore cambiario ha il potere di dare avvio subito (mediante notifica del precetto) alla procedura esecutiva sui beni dei debitori cambiari inadempienti, senza bisogno di ottenere prima una sentenza di condanna o un decreto ingiuntivo di pagamento.

In ragione della spiccata vocazione creditizia della cambiale, va infine segnalato che sulla falsariga di tale titolo di credito è stata introdotta nel nostro ordinamento, con l. 43/1994, la figura della **cambiale finanziaria**, al preciso scopo di fornire alle imprese uno strumento di raccolta diverso dalle normali obbligazioni.

In sostanza, le cambiali finanziarie costituiscono un tipico strumento di finanziamento a breve termine, molto diffuso nei mercati più evoluti, che permette agli emittenti una diversificazione nella raccolta di risorse e agli investitori una maggiore articolazione nell'impiego del risparmio. In materia di cambiali finanziarie, alcune novità di rilievo sono state apportate dal c.d. decreto sviluppo (d.l. 83/2012) attraverso il quale il legislatore ha, innanzitutto, inteso allargare la rosa dei soggetti che possono emettere tali titoli anche alle società non quotate in mercati regolamentati o non regolamentati (seppur a particolari condizioni). Inoltre, il decreto ha modificato la durata delle cambiali finanziarie (che ora può essere compresa fra 1 e 36 mesi invece dei 3-12 mesi originariamente previsti) e ha ammesso la possibilità di emettere le cambiali in forma dematerializzata.

3. *L'assegno bancario*

Uno dei più comuni mezzi di pagamento è l'**assegno bancario**, del quale si serve chi stipula con una banca un contratto di conto corrente in virtù del quale, sulla base della c.d. *convenzione di assegno*, viene autorizzato dalla banca a trarre su di essa dei titoli di credito (detti, appunto, assegni bancari). Con l'assegno bancario, il cliente (*traente*) ordina alla banca (*trattaria*) di pagare una determinata somma di denaro a favore del legittimo portatore del titolo (prenditore o beneficiario).

In quanto titolo di credito e nel rispetto del principio di letteralità, l'assegno bancario è soggetto ad alcuni **requisiti formali** (fissati dall'art. 1 r.d. 1736/1933): i) la denominazione di assegno bancario; ii) l'*ordine incondizionato* di pagare una somma determinata; iii) il nome del trattario; iv) il luogo di pagamento; v) l'indicazione della data e del luogo di emissione dell'assegno; vi) la sottoscrizione del traente. A differenza della cambiale non è necessaria l'indicazione della scadenza perché *la scadenza è sempre a vista*.

L'assegno può essere emesso con la specifica indicazione del nome del **beneficiario** (cioè di chi è legittimato a presentarlo all'incasso) ovvero – con i limiti di recente introdotti dalla normativa antiriciclaggio (cfr. art. 49 d.lgs. 231/2007) – “al portatore” e anche a favore dello stesso traente.

Sempre nel rispetto degli appena richiamati limiti (peraltro molto stringenti), l'assegno pagabile ad una persona determinata si trasferisce per mezzo della **girata** (che non può essere condizionata né parziale) a meno che l'assegno sia emesso con la clausola non trasferibile; quello al portatore con la semplice consegna del documento.

L'emissione dell'assegno bancario presuppone: i) l'esistenza della c.d. **convenzio-**

ne di assegno, ovvero dell'accordo in forza del quale la banca consegna al proprio cliente il libretto degli assegni, lo autorizza ad emetterli e, in presenza di fondi disponibili, si obbliga ad onorarli (di regola, tale convenzione è connessa al contratto di conto corrente bancario); ii) **l'esistenza di fondi disponibili**, ove per fondi disponibili non si intendono solo quelli risultanti da rapporti c.d. attivi (ad es. depositi in conto), ma anche quelli derivanti da operazioni di concessione di credito da parte della banca (ad es. aperture di credito).

È previsto dalla legge che l'assegno bancario sia presentato per il **pagamento** entro un termine finale che inizia a decorrere dalla data di emissione: vale a dire entro otto giorni se l'assegno è "su piazza", ossia emesso nella medesima località (il comune) in cui opera lo sportello presso il quale è aperto il conto del traente; quindici giorni se l'assegno è "fuori piazza". Trascorso questo tempo ("termine utile") senza che vi sia stata richiesta di pagamento, si hanno varie conseguenze fra cui le più importanti sono: i) si estingue l'obbligazione di regresso dei giranti (art. 45, co. 2, r.d. 1736/1933); ii) se il traente dà al trattario l'ordine di non pagare l'assegno, il trattario deve eseguirlo (in mancanza, però, di revoca dell'ordine di pagamento il trattario può pagare anche oltre il termine: art. 35 r.d. 1736/1933).

Poiché l'assegno bancario è un titolo **esecutivo**, il beneficiario, dopo la formale constatazione del mancato pagamento mediante il protesto effettuato da un pubblico ufficiale (che viene reso pubblico attraverso il Registro informatico dei protesti tenuto dalla Camera di Commercio), può esercitare l'azione di regresso contro gli eventuali giranti.

Il beneficiario può presentare l'assegno all'**incasso** presso la dipendenza della banca trattaria dove l'emittente ha il conto corrente: in tal caso la banca è tenuta a verificare, oltre alla copertura dell'assegno (ossia la sussistenza di fondi disponibili), l'autenticità della firma del traente (confrontandola con lo specimen, raccolto al momento della stipula della convenzione di assegno), l'assenza di alterazioni dell'assegno, la continuità delle girate. E può incorrere in *responsabilità* (di natura contrattuale) verso il traente qualora l'assegno venga pagato in violazione dei suddetti doveri di controllo.

È però divenuto molto frequente che un assegno venga presentato all'incasso presso una banca diversa dalla trattaria, di solito quella dove il beneficiario è titolare di un conto corrente. In tal caso la *banca negoziatrice* - girataria per l'incasso del titolo (e tale girata è ammissibile anche se sull'assegno è apposta la clausola non trasferibile) - accredita in c/c l'importo "salvo buon fine", cioè a condizione che lo stesso venga regolarmente pagato dalla trattaria all'esito della negoziazione dell'assegno in Stanza di compensazione o, nel caso di assegni bancari di importo fino a 5.000 euro e degli assegni circolari senza alcun limite di importo, della procedura della *check truncation* (un colloquio telematico fra le due banche, senza trasmissione materiale dell'assegno).

4. *L'assegno circolare*

Diversamente dagli assegni bancari - i quali presentano, come si è visto, la caratteristica di essere tratti dal cliente su una banca e di non offrire al portatore legittimo la sicurezza del pagamento né dell'esistenza della provvista - **l'assegno circolare** è

ispirato ad un principio diverso ed ha struttura di *promessa di pagamento* come il pagherò cambiario.

Esso viene emesso direttamente – su richiesta del cliente – dalla *banca emittente*, la quale promette di pagare una somma determinata di denaro a favore del *soggetto indicato nel titolo* ed è, dunque, *direttamente obbligata nei confronti di quest'ultimo*.

L'assegno circolare è invalido se non contiene gli **elementi essenziali** previsti dall'art. 83 r.d. 1736/1933 e cioè: a) la denominazione di assegno circolare; b) la promessa incondizionata; c) l'indicazione del prenditore; d) l'indicazione del luogo e della data di emissione; e) la sottoscrizione della banca emittente.

All'assegno circolare si applicano in linea di principio le stesse norme previste per il pagamento dell'assegno bancario, con la peculiarità che il termine di presentazione è fissato in 30 giorni dalla data di emissione e la prescrizione dell'azione contro l'emittente nel termine di tre anni.

III. *Gli strumenti di pagamento "alternativi" al denaro contante*

1. *Una ricognizione degli strumenti "alternativi"*

La seconda categoria di strumenti utilizzati nella prassi in luogo di trasferimenti materiali di denaro contante è quella dei c.d. **strumenti "alternativi" di pagamento**, i quali, come già accennato, risultano accomunati dalla caratteristica della totale assenza di *tradito* di pezzi monetari tra debitore e creditore, in luogo della quale vengono eseguite scritturazioni su conti da parte di soggetti all'uopo abilitati. Si tratta, come pure si è detto, di un mondo estremamente eterogeneo di strumenti che ricomprende operazioni quali i bonifici, gli addebiti diretti, i pagamenti a mezzo carte (di debito come di credito).

Nell'ambito della nozione appena delineata, l'operazione di maggiore diffusione ed anche con maggiore tradizione storica, tanto da poter essere considerata in un certo senso figura madre delle altre, è quella denominata nella prassi "**bonifico**". Con tale espressione ci si riferisce ad un procedimento di trasferimento di fondi che ha luogo su iniziativa di un soggetto – titolare di un conto –, il quale ordina il *trasferimento della disponibilità di una determinata somma dal suo conto ad un altro*, intestato allo stesso o a diverso titolare.

Quando, invece, il trasferimento di fondi esordisce su iniziativa del soggetto creditore anziché del debitore viene in considerazione un "**addebito diretto**", definito in modo assai generico dall'art. 1, co. 1, lett. v, d.lgs. 10/2011 nei termini di "un servizio di pagamento per l'addebito di un conto di pagamento del pagatore in cui un'operazione di pagamento è disposta dal beneficiario in base al consenso dato dal pagatore al beneficiario, al prestatore di servizi di pagamento del beneficiario, o al prestatore di servizi di pagamento del pagatore medesimo".

Per quanto concerne, invece, la tipologia dei pagamenti mediante carta, va rilevato che ad essa vengono ricondotte sia le **carte di debito** (o di pagamento), che consentono transazioni e/o prelievi con contestuale movimentazione dei fondi disponibili sul conto corrente; sia le **carte di credito**, che consentono invece l'effettuazione di transazioni e/o prelievi con regolamento sul conto rinviato ad un momento successi-

vo e che presuppongono un complesso accordo che vede la partecipazione di tre soggetti (emittente della carta, titolare della carta ed esercente convenzionato). In particolare, tra emittente e titolare della carta sussiste un *rapporto c.d. di provvista*, mentre tra emittente e fornitore dei beni o dei servizi una convenzione, in forza della quale il secondo si obbliga nei confronti del primo ad eseguire la prestazione richiestagli dal titolare della carta di credito, mentre il primo si obbliga nei confronti del secondo a pagare il corrispettivo del bene o del servizio.

2. *La disciplina dei servizi di pagamento: le linee di fondo del d.lgs. 11/2010*

Proprio della “famiglia” degli strumenti alternativi di pagamento ha ritenuto, come si è già accennato, di doversi occupare il legislatore comunitario attraverso l’emanazione della direttiva 2007/64/CE, sui **“servizi di pagamento nel mercato interno”** (Payment Service Directive), recepita, nel nostro ordinamento, con il d.lgs. 11/2010. Si tratta di un primo intervento “massiccio” e quasi omnicomprensivo nella materia in discorso, effettuato – nella prospettiva dell’armonizzazione massima – con il preciso obiettivo di istituire un quadro giuridico moderno e coerente per i servizi di pagamento, che rappresenti “un chiaro progresso in termini di costi, di sicurezza e di efficacia rispetto ai sistemi attualmente esistenti a livello nazionale”. La disciplina PSD si applica, infatti, a tutti i pagamenti in euro prestati nell’Unione europea: senza distinzione tra pagamenti domestici (nazionali) e pagamenti transfrontalieri, e senza limitazione d’importo.

In relazione all’**ambito soggettivo**, la disciplina in materia di servizi di pagamento è stata disegnata oltre che per le banche, per gli istituti di moneta elettronica, per gli istituti di pagamento (nuovo intermediario introdotto dalla direttiva PSD) e per Poste Italiane s.p.a.

La stessa disciplina si applica, inoltre, sebbene in modo differenziato, ai rapporti intrattenuti con tutti i clienti, siano essi consumatori, micro-imprese o grandi imprese. Sotto quest’ultimo profilo, va precisato, peraltro, che la direttiva PSD non si è limitata a lasciare liberi i singoli Stati di equiparare, in sede di recepimento, la microimpresa (come tale da intendersi un’impresa che occupa meno di 10 addetti e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro) al consumatore al fine di un trattamento di maggior tutela (e in questo senso è andata la scelta del legislatore italiano), ma ha anche attratto la macroimpresa nel suo campo di applicazione, sia pure prevedendo nei suoi riguardi la possibilità di derogare una parte della disciplina disegnata dalla direttiva, che si presenta, dunque, in certa misura “disponibile”.

Con la PSD si è scelto poi di dettare una **disciplina a carattere “trasversale”** delle operazioni di pagamento, non differenziata cioè secondo lo specifico “tipo” di operazione considerato (bonifico, addebito diretto, ecc.). Là dove, peraltro, il legislatore ha sentito la necessità di introdurre regole diversificate, l’ambito applicativo delle stesse è stato disegnato – in modo piuttosto inedito – mediante il riferimento, anziché ai ben noti “tipi” sociali di operazioni di pagamento, a due categorie di operazioni, distinte secondo il soggetto che dà avvio all’operazione: dunque *operazioni su iniziativa del pagatore e operazioni su iniziativa del beneficiario*.

Venendo a considerare appena più da vicino i contenuti del d.lgs. 11/2010, va se-

gnalato che il medesimo è andato, in parte, a novellare il TUB – introducendovi il titolo V-ter (in tema di istituti di pagamento) e il capo II-bis del titolo V (contenente norme speciali di trasparenza contrattuale) – e, in parte, a dare vita ad un plesso di norme “autonomo”. E proprio fra le norme che trovano sede definitiva nel d.lgs. 11/2010 si trovano alcune disposizioni fra le più innovative per il nostro ordinamento, in quanto vi introducono una serie di regole contrattuali relative alla prestazione di servizi di pagamento (**diritti e obblighi delle parti**), in punto, ad es., di ordini di pagamento, spese, valute, tempi di esecuzione, responsabilità.

Sempre sul piano oggettivo merita, infine, evidenziare che il campo di operatività della nuova disciplina viene individuato dal legislatore nazionale facendo ricorso alle nozioni – tutte contenute all’art. 1 del d.lgs. di recepimento – di “*contratto quadro relativo a servizi di pagamento*” e di (singole) “*operazioni di pagamento*”, che a loro volta si fondano su quella base di “*servizi di pagamento*”. Vi è poi un’altra nozione introdotta dalla nuova normativa sulla quale merita soffermarsi brevemente, ovvero quella di “*conto di pagamento*”. Nel disciplinare tale conto il legislatore ha adottato un approccio funzionale: a tale categoria è, infatti, riconducibile ogni conto che assolve alla funzione di consentire al suo titolare l’esecuzione di pagamenti (e così è per il conto corrente bancario, per il conto di pagamento acceso presso un istituto di pagamento e anche per il conto corrente postale).

La PSD è stata modificata dalla direttiva 2015/2366/UE (meglio nota come PSD2), con lo scopo di risolvere alcuni problemi evidenziatisi nel periodo di vigenza della PSD e di adeguare il quadro normativo europeo relativo ai servizi di pagamento alle nuove tecnologie e ai nuovi canali di comunicazione (soprattutto internet e mobile).

In questa prospettiva, la PSD2 introduce, tra l’altro, più stringenti requisiti di sicurezza per i pagamenti elettronici e riduce, da un lato, la responsabilità dell’utente nel caso di operazioni di pagamento non autorizzate e, dall’altro, l’ambito degli strumenti di pagamento c.d. a spendibilità limitata, esentati dall’applicazione della disciplina europea.

La nuova direttiva mira, inoltre, ad aprire il mercato europeo dei pagamenti a nuovi fornitori (definiti *Third Party Provider*) che si interpongono tra l’utente e il prestatore presso il quale l’utente ha accesso il proprio conto di pagamento, a condizione che quest’ultimo sia accessibile online (c.d. *open banking*).

Per far ciò, la direttiva introduce e disciplina due nuovi servizi di pagamento:

- i) quello di informazione sui conti, che consente al titolare di più conti di avere un quadro sintetico della propria situazione finanziaria in qualsiasi momento e
- ii) quello di disposizione di ordine di pagamento, che consente all’utente di disporre tramite l’intermediario terzo bonifici a valere sul proprio conto al fine di pagare beni o servizi acquistati online e, al contempo, al fornitore di avere la garanzia che il pagamento è stato ordinato e, quindi, dell’incasso del corrispettivo.

La direttiva è completata dal regolamento (UE) 2015/751 che fissa limiti per le commissioni addebitate fra banche e altri emittenti per le transazioni tramite carte di pagamento al fine di ridurre il costo di tali pagamenti per l’utente finale.