



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
"Comparazione giuridica e storico giuridica"

CICLO XXIII

Curriculum "Diritto delle obbligazioni e dei contratti italiano, comparato e comunitario"

COORDINATORE Prof. Negri Daniele

**L'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE
PECUNIARIA: IL PAGAMENTO CON STRUMENTI
ALTERNATIVI AL DENARO CONTANTE**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Dottorando

Dott. Mecca Virgilio

Tutore

Prof. De Cristofaro Giovanni

Anni 2008/2010

Indice

Considerazioni introduttive.....	5
Capitolo I Il denaro come fenomeno economico e giuridico.....	9
Sezione I Il denaro come fenomeno economico.....	9
1. Avvento del denaro e sue funzioni (cenni).....	9
2. Dalla moneta con valore intrinseco alla carta moneta.....	11
3. La nascita della moneta scritturale.....	12
4. Dalla moneta bancaria alla moneta elettronica.....	15
5. Moneta bancaria e moneta elettronica (segue).....	17
Sezione II Il denaro come fenomeno giuridico.....	19
1. Il quadro normativo europeo.....	20
2. Il quadro normativo nazionale (articolo 1277 e 1182) e l'esattezza della prestazione nelle obbligazioni pecuniarie.....	22
3. La concezione tradizionale: l'obbligazione pecuniaria come traditio di pezzi monetari.....	27
4. Verso il superamento della concezione “reale” del pagamento.....	29
Capitolo 2 Gli strumenti di pagamento alternativi al denaro contante alla luce dell'evoluzione del concetto di monete.....	33
1. La marginalizzazione dell'uso del denaro contante.....	33
2. Ipotesi normativamente previste di adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante il ricorso a strumenti alternativi al denaro contante.	36
3. Ipotesi normativamente previste di adempimento mediante strumenti alternativi (segue) l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria ai sensi dell'articolo 1 della legge 197 del 1991 e successive modifiche.	40
4. Deroghe pattizie alla previsione di cui all'articolo 1277.....	47
5. Il pagamento con strumenti alternativi in assenza di disposizioni normative e di accordo tra le parti: rifiutabilità ed individuazione del momento solutorio	49
Capitolo 3 L'adempimento con strumenti alternativi in particolare: assegno e bancogiro.....	55
Sezione I L'assegno circolare.....	55
1. Assegno circolare: inquadramento.....	55
2. Il pagamento mediante assegno circolare: come ipotesi di <i>datio in solutum</i>	58
3. Pagamento con assegno circolare ed offerta non formale.....	61
4. Il pagamento con assegno circolare alla luce dei principi di buona fede e correttezza: la decisione delle Sezioni Unite numero 26617 del 2007.....	66

5. L'adempimento dell'obbligazione con assegni di traenza e con assegni bancari.....	74
Sezione II Moneta scritturale e bancogiro	76
1. Struttura ed effetti giuridici del bancogiro	76
2. Efficacia solutoria e rifiutabilità del pagamento mediante bancogiro	81
3. Pagamento mediante bancogiro: moneta legale e moneta scritturale	83
4. Il pagamento mediante bancogiro: moneta legale e moneta scritturale	86
5. La moneta elettronica . Efficacia solutoria e rifiutabilità del pagamento virtuale.	92
Sezione III Problemi aperti e considerazioni conclusive.....	96
1. Problemi aperti : il luogo del pagamento	96
2. Problemi aperti (segue): tempestività dell'adempimento e momento estintivo dell'obbligazione alla luce del criterio della bf.....	104
3. Considerazioni conclusive: da una concezione reale ad una concezione virtuale di pagamento.....	109
Bibliografia	115
Giurisprudenza.....	123

Considerazioni introduttive

L'obbligazione pecuniaria costituisce una delle forme che ricorre con maggiore frequenza e diffusione.¹

Per le sue caratteristiche di totale astrattezza della prestazione, viene vista tradizionalmente come una *species* dell'obbligazione generica. Pur essendo tale figura largamente diffusa e studiata all'interno del diritto delle obbligazioni, non cessa di alimentare un articolato e certamente non semplice dibattito su profili applicativi che rivestono una rilevanza notevole per la stessa definizione della natura dell'obbligazione pecuniaria.

Una delle questioni che si intende sviluppare nel presente lavoro, riguarda la definizione della possibilità, per il creditore pecuniario, di rifiutare il pagamento del debito pecuniario che il debitore intenda effettuare piuttosto che in danaro circolante (banconote o monete), in altro modo e cioè attraverso mezzi alternativi di pagamento (assegni circolari, di conto corrente, bonifici, ecc.).

Tale aspetto riveste una particolare importanza, dal momento che nella quasi totalità dei casi, (questa vale a maggior ragione nel mondo degli affari), l'estinzione delle obbligazioni pecuniarie (per le obbligazioni di rilevante importo ciò succede praticamente nella totalità dei casi) avviene non certo attraverso l'utilizzazione del danaro contante (banconote o monete), ma mediante mezzi alternativi di pagamento che le stesse parti del rapporto obbligatorio scelgono a seconda della migliore efficienza del trasferimento e sicurezza dell'attribuzione della somma di danaro dovuta.

Il problema nasce in realtà, in contesti di patologico contrasto tra creditore e debitore², nei quali il primo, a fronte dell'offerta del debitore di adempiere con

¹ Per un inquadramento della materia si rimanda ad INZITARI, *La Moneta*, in *Trattato Galgano*, Padova 1983, 59 ss.; NUSSBAUM, *Money the law, national and international: a comparative study in the Borderline of Law and Economics*, Brooklin, 1950; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, art. 1227-1284, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1959, 61; DI MAJO, voce *Pagamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, 557 ss

² INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca borsa e titoli di credito 2007*, II, p.133 ss sottolinea come tali contesti siano in in verità, poco rappresentativi dei rapporti che solitamente si instaurano tra creditore e debitore che, specie nel

mezzi di pagamento diversi dal danaro contante, ritiene di respingere l'offerta e di eccepire il mancato o l'inesatto adempimento, adducendo che solo con la dazione del danaro contante può avere luogo l'estinzione del debito pecuniario e che, in mancanza, il debitore è inadempiente e deve essere dichiarato in mora.

Di fronte ad una posizione da parte del creditore così nettamente delineata, il punto nodale è quello della valutazione delle modalità attraverso le quali l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria raggiunge l'effetto di estinguere l'obbligazione e conseguentemente di liberare il debitore. In altri termini il problema che si deve analizzare è quello della possibilità di rifiutare o meno da parte creditore del pagamento effettuato, con mezzi alternativi di pagamento rispetto alla consegna del denaro contante

Tale quesito, sotto il profilo sistematico si identifica con la stessa definizione delle modalità di adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Si tratta, infatti, di determinare quale sia la prestazione dovuta dal debitore, quale sia *l'esatto* adempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c. ed, in particolare, se l'adempimento con mezzi diversi dal danaro contante, costituisca adempimento *inesatto*, con conseguente possibilità per il creditore pecuniario di considerare in mora ed inadempiente il debitore.

La vasta diffusione di strumenti alternativi rispetto al denaro contante, viene preso in considerazione e decisamente apprezzato dagli economisti, che in esso colgono l'essenza stessa della funzione monetaria del sistema bancario, ed arrivano ad elaborare una vera e propria equiparazione tra moneta legale e moneta scritturale. Tale fenomeno è guardato con maggiore cautela dalla dottrina giuridica che si è occupata dell'argomento e soprattutto dalla giurisprudenza.

I problemi infatti che si devono considerare, oltre alla tradizionale concezione del denaro come *res*, derivano dal riconoscimento della moneta legale di alcune qualità esclusive, che in quanto tali rimarrebbero estranee agli strumenti di pagamento ad essa "alternativi": la irrifiutabilità e la efficacia solutoria. Si pone, in altre termini, la questione se il pagamento effettuato con mezzi alternativi alla moneta legale costituisca adempimento in senso tecnico oppure *datio in solutum* con la conseguenza che deve trovare applicazione la regola sancita all'articolo

momento del pagamento, tendono alla collaborazione piuttosto che alla esasperazione delle reciproche posizioni

dall'articolo 1197 c.c., e più precisamente se ricorra l'ipotesi di un "cessione di un credito in luogo dell'adempimento" (art. 1198)³

In assenza di un consenso preventivo da parte del creditore o di una precisa disposizione di legge che prevede l'efficacia solutoria dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante un mezzo diverso rispetto alla consegna del denaro contante, si deve verificare se sia necessario, il consenso del creditore per il pagamento con strumenti differenti, affinché si determini l'estinzione dell'obbligazione. Tale questione ha importanti implicazioni per stabilire il momento a partire dal quale l'obbligazione pecuniaria possa ritenersi estinta, vale a dire se sia o meno necessaria la sua riscossione coerentemente con quanto stabilito dal terzo comma dell'articolo 1198 c.c.; altro aspetto rilevante con riguardo alla equiparazione sul piano giuridico, tra moneta legale e mezzi di pagamento ad essa "alternativi", attiene alla legittimità o meno del rifiuto da parte del creditore di ricevere una prestazione differente rispetto alla consegna di pezzi monetari.

Risulta necessario prestare una particolare attenzione ai problemi posti da quella parte della dottrina che ritiene che la messa a disposizione, nel domicilio del creditore di un titolo bancario non solo costituisca offerta esatta della prestazione dovuta ai fini della mora *credend,i*, ma soddisfa altresì tutti i presupposti per un valido adempimento della prestazione pecuniaria, in quanto la riscossione o il trasferimento del titolo attengono unicamente all'utilizzazione che ne fa il titolare nell'esercizio del diritto acquisito e non costituiscono, quindi, esecuzione dell'obbligazione.

Il presente lavoro, dopo aver passato in rassegna l'evoluzione della concezione della moneta che ha conosciuto la progressiva smaterializzazione del denaro contante a favore prima della moneta bancaria e poi di quella elettronica, e conseguentemente il passaggio da una concezione reale ad una concezione obbligatoria del pagamento, si pone l'obiettivo di verificare se a seguito del sopra ricordato fenomeno di smaterializzazione, si sia determinata, in riferimento

³Si Veda Martorano, *Lineamenti generali dei titoli di credito e dei titoli cambiari*, 1979, p. 456ss (relativamente all'assegno bancario)

ai crediti pecuniari, una trasformazione del diritto reale sui pezzi monetari in diritto di credito verso una determinata somma di denaro.

Per rispondere a tale problema, risulta necessario soffermarsi ad analizzare le modalità di adempimento con strumento differenti rispetto al denaro contante , facendo particolare riferimento sia a quelle ipotesi in cui si verificano forme di trasferimento traslativo che permettono di fare acquisire in “tempo reale” al patrimonio del creditore la somma dovuta, sia quelle ipotesi in cui il soddisfacimento dell’interesse del creditore è differito ad un momento successivo.

Capitolo I

Il denaro come fenomeno economico e giuridico

Nel nostro codice civile non si rinviene una definizione di denaro, ma ci si limita a fare ad esso riferimento in maniera espressa oppure implicitamente.

La prima ipotesi fa riferimento a disposizioni quali gli artt. 1182, 1224, 1282 1813 c.c.; nel secondo caso rientrano quelle fattispecie in cui sono adoperati categorie giuridiche come *prezzo*, *conguaglio*, *interesse*, *valore*, che sia pure indirettamente fanno presupporre il concetto di denaro.

Nella parte del nostro codice civile che disciplina le obbligazioni pecuniarie, il lemma moneta viene usato nell'accezione di strumento per l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, è il caso dell'articolo 1277 c.c., oppure nel significato di strumento per la quantificazione della somma dovuta.

Sezione I

Il denaro come fenomeno economico

1. Avvento del denaro e sue funzioni (cenni)

Prima che giuridico il denaro è un fenomeno di carattere economico-sociale⁴ e la storia della moneta si presenta scandita in diverse fasi anche profondamente diverse tra di loro, in relazione alle articolate contingenze politico-sociali che hanno caratterizzato ciascuna fase.

⁴FRIEDMAN, *Money, Mischief: episodes in Monetary history*, 1992, p.16 afferma che “ *Money is whatever is generally accepted in exchange for goods and represents a temporary adobe of purchasing power to be used for buyng still other goods and services*”.

Dalla presa d'atto dell'inefficienza di un modello sociale basato sul baratto⁵, scaturì la nascita del denaro, le cui prime manifestazioni prendevano la forma in pelli di animale, bestiame, mais.

Essi costituivano beni che non solo erano misurabili con una certa facilità, ma erano anche diffusamente accettati. Essi potevano inoltre essere suddivisi e trasportati con facilità, ed avere un'ottima resistenza al deterioramento⁶.

Accanto alle sopraccennate qualità, ciascuno di questi beni possedeva un intrinseco e riconosciuto valore di scambio e poteva inoltre essere utilizzato come mezzo attraverso cui misurare il valore dei beni oggetto di scambio.

La necessità che la moneta di scambio possedesse un proprio valore indipendente e generalmente riconosciuto, fu la ragione che portò allo sviluppo rapido di una fase caratterizzata dalla diffusione dei metalli preziosi quali forme di moneta, in considerazione anche del loro specifico valore intrinseco (*intrinsic value of money*), attribuito dal metallo utilizzato (soprattutto oro, argento e rame)⁷.

La teoria che prese il nome di metallismo⁸, trovò sviluppo soprattutto nell'età medievale, quando l'oggetto di un prestito veniva definito in termini di determinate quantità di argento oppure d'oro; solo i metalli preziosi in questa fase potevano essere considerati denaro, con la conseguenza che al momento del pagamento il metallo prezioso doveva essere pesato, e doveva essere vagliata la

⁵JEVONS, *Money and the Mechanism of Exchange*, New York, 1875, p. 3 ss evidenziava ad esempio che uno scambio tra cereali e frumento, non dava luogo a rilevanti problemi in quanto differenti quantità di ognuno potevano essere misurate in modo da soddisfare il valore di scambio convenuto tra le parti, la stessa cosa non poteva dirsi ad esempio, nel caso di uno scambio tra cereali ed una giacca. Se il sarto desidera infatti una modesta quantità di cereali il cui valore era inferiore a quello di una giacca, non era possibile pensare che lo scambio potesse avvenire tra la quantità di cereali desiderata e la giacca.

⁶MISKIN, *The economic of Money Banking and financial Market*, 2010, p. 49ss

⁷PAPI, voce *Moneta*, in *Noviss. Dig. Ita.* 1968 p. 855 sottolinea come si faceva ricorso ai metalli preziosi, in quanto caratterizzati da particolari requisiti di omogeneità, divisibilità, inalterabilità e peso specifico che li rendevano particolarmente adatti allo scambio.

⁸Da ASCARELLI definita teoria dell'intrinseco, *Obbligazioni Pecuniarie*, p. 98ss, secondo il quale questa teoria trova fondamento nella premessa che la determinazione della quantità dei mezzi di metallo oggetto dell'obbligazione attiene alla quantità di metallo dei pezzi indicati al tempo del contratto. Nonostante i mutamenti nel frattempo intervenuti e gli sviluppi degli studi nella teoria della moneta, Ascarelli *op. ult. Cit.*, non abbandona del tutto l'idea della possibilità di fare ricorso alla teoria del valore intrinseco laddove afferma che le parti sono libere di fare ricorso ad unità di misura materiali (e quindi oro oppure altri metalli preziosi) concludendo dunque nel senso della possibilità di una compresenza di entrambi i sopra richiamati principi.

sua purezza con conseguenti ritardi nelle conclusioni degli scambi ed una circolazione dei beni priva della rapidità sufficiente.

Per ovviare a queste difficoltà, i metalli vennero ridotti in masse di ugual peso e numerati e lo Stato si limitava a certificare la quantità di metallo puro presente in quel pezzo monetario.

Tra la metà del xiv secolo ed il xv secolo inoltrato, la carenza di metalli preziosi indusse i sovrani ad effettuare manipolazioni monetarie, pubbliche o segrete mediante il conio di nuove monete con lo stesso valore nominale ma con un contenuto di metallo minore.

Durante il medioevo proprio in applicazione delle teorie metallistiche, si ritenne che il debitore fosse obbligato a consegnare la quantità di metallo prezioso dedotta originariamente in obbligazione e non il numero di unità monetarie che al momento in cui essa era sorta la rappresentavano. Questa conclusione derivava dal diritto romano così come interpretato dai glossatori e dai post glossatori che ritenevano che nell'intrinseco valore della moneta dovesse essere rinvenuta l'essenza dell'obbligazione del pagamento in denaro, in parte per ragioni di giustizia per le quali il creditore doveva essere tutelato da eventuali deprezzamenti monetari.⁹

2. Dalla moneta con valore intrinseco alla carta moneta.

In tale epoca fu compiuto anche un passo importante verso la smaterializzazione del denaro: l'introduzione della moneta immaginaria (cioè di un'unità astratta che veniva utilizzata come moneta di conto), consentì infatti ai sovrani dell'epoca di porre fine alle operazioni di alterazione del contenuto metallico delle monete in quanto, per poter modificare a proprio vantaggio il potere liberatorio del denaro, era sufficiente innalzare il rapporto di cambio tra le monete coniate e quella immaginaria.

⁹ Cfr PICCININI, *debiti di valore*, Milano 2012, p. 6.

Questi fenomeni costituirono la base, da un lato, del progressivo aumento dell'utilizzo dei titoli di credito, dall'altro del progressivo separarsi del valore intrinseco, rispetto al valore monetario, che veniva attribuito dall'autorità preposta con successiva diffusione della carta moneta nella forma, almeno all'inizio, sia del biglietto dello stato che del biglietto di banca

La moneta bancaria rappresentava comunque una promessa di pagamento, il cui credito veniva trasferito mediante la consegna dei biglietti, il cui corso si basava sulla fiducia della convertibilità dei biglietti stessi. In virtù di questa fiducia i biglietti, furono gradualmente preferiti alla vera e propria moneta metallica, per la facilità di circolazione del credito. Grazie anche alle teorie economiche di Adam Smith, la carta moneta vide la sua definitiva introduzione dopo le guerre napoleoniche, alle quali fece seguito la definitiva consacrazione della banconota come mezzo legale di pagamento e la conseguente impossibilità da parte del creditore di rifiutare tale mezzo di pagamento. In tale fase storica, si conservava comunque nei confronti dell'emittente, il diritto alla sua conversione in moneta avente valore intrinseco.

La banconota divenne moneta avente corso legale. Conseguenza di tale regola era che il debitore che pagava con moneta avente corso legale, si liberava del proprio debito anche se nel frattempo si fosse verificata una diminuzione del valore intrinseco che essa rappresentava.¹⁰

3. La nascita della moneta scritturale.

Al corso legale si aggiunse in un secondo momento il corso forzoso e quindi l'incontrovertibilità del biglietto cartaceo in moneta avente valore intrinseco .

¹⁰ Per ulteriori approfondimenti si rinvia a NORTH, *la storia del denaro. Una storia dell'economia e della società europea di oltre mille anni*, Casale Monferrato 1998.

L'evoluzione dei sistemi monetari e l'elevato livello di astrattezza ormai raggiunto dal concetto di moneta¹¹ hanno indotto a formulare la tesi che il denaro nella sua forma attuale si manifesta principalmente come *Bankgeld* (danaro bancario) .

Questo viene prodotto dalle banche sia attraverso l'organizzazione di ingenti depositi di liquidità monetaria, che attraverso la messa in circolazione dei pezzi monetari, in una misura di gran lunga inferiore . Anche la tradizionale concezione che attribuisce ai pezzi monetari la natura di denaro in senso stretto, mentre a tutte le varie forme di accredito-deposito bancario solamente quello di denaro in senso ampio viene conseguentemente ripensato .

Il sistema tradizionale deve essere rovesciato e riconsiderato in quanto sia in ordine di importanza economica, sia in ordine di tempo non sono le banconote, ma le disponibilità monetarie in varia forma accreditata presso gli istituti bancari che per prime vengono create. La concreta messa in circolazione dei pezzi monetari invece, oltre ad essere successiva ed eventuale, assume un significato minore da un punto di vista macroeconomico.¹²

Conseguentemente si è sottolineato¹³, come non sia più possibile prendere in considerazione come patrimonio monetario, solo quello costituito dalle banconote e monete, in quanto il rapporto di queste rispetto alla massa di disponibilità monetaria in circolazione, è di gran lunga inferiore.

Le modalità attraverso cui può avvenire la mobilitazione di questa enorme massa di risorse monetarie possono essere le più varie: dai tradizionali strumenti come i titoli di credito, cambiali, assegni, carte di credito, ai vari tipi di ordine, operati dal cliente, di trasferire le somme disponibili presso la banca.

Con declinazioni differenti¹⁴ non vi sono dubbi che in tutta la società contemporanea si è andata consolidando la prassi di regolare l'adempimento delle

¹¹ Sul tema si veda INZITARI *Obbligazioni pecuniarie* (artt. 1277-1284) in comma Scialoja Branca Bologna -Roma 2011 p. 108 ss e id *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta in Banca, borsa titoli di credito* , I, 2007 p. 133 ss

¹² OLIVECRONA , *The problem of the monetary unit*, p. 42 ss

¹³ INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, Bologna 2011, p. 87 che evidenzia come “anche le immagini metaforiche con le quali si tentava una descrizione del denaro vengono, quindi, ad essere riviste ed aggiornate: non più la formica che sposta, accumula, divide innumerevoli pezzetti di cibo muovendoli da un luogo all'altro, bensì quella di un enorme mollusco che senza interruzione contrae ed espande il proprio corpo ora in una direzione ora in un'altra”.

¹⁴ Si veda CAMPOBASSO , *Bancogiro e moneta scritturale.*, Torino, 1979 p. 7ss

obbligazioni pecuniarie attraverso l'eliminazione di spostamenti-consegna di denaro, dando piuttosto la preferenza a sistemi di attribuzione della disponibilità monetaria effettuati per via scritturale.

Va riconosciuto alla dottrina americana una particolare sensibilità nel registrare l'evoluzione del sistema di circolazione della moneta¹⁵. Già tra le due guerre il 90% dei sistemi di pagamento veniva realizzato attraverso *check*.

Ulteriore tappa verso una sempre maggiore astrattezza dei sistemi di pagamento è il pagamento attraverso trasferimenti di disponibilità monetaria effettuato mediante sistema elettronico¹⁶.

Non manca in verità¹⁷ coloro che specialmente nel mondo statunitense, già prevedono l'avvento di una società in cui la memorizzazione elettronica consenta la sostanziale eliminazione della moneta e degli assegni. Il collegamento attraverso una rete infinita di terminali, di tutti i possibili punti di vendita consentirebbe ai consumatori di effettuare ovunque qualsiasi tipo di transazione commerciale mediante la semplice annotazione del proprio numero di codice (espresso, ad esempio in una *moneycard*); il sistema centrale, affidato a sicuri binari dell'informatica, tradurrebbe poi in poste attive e passive la situazione patrimoniale di ciascun consumatore.

Tale fenomeno, non trova un riscontro paragonabile nella realtà italiana: a tal proposito si è condivisibilmente¹⁸ sottolineato come l'entusiasmo con cui si guarda alle carte di credito nella letteratura statunitense sconfini nella retorica.

¹⁵Un quadro ben articolato degli sviluppi della *cashless society* lo si trova in BRANDEL E LÉONARD, *Bank charge cards: new cash or new credit*, Mich. L. rev., 1971, 1033ss “ *the coming of the checkless and cashless society will involve a shift from the check or document system to an electronic system. The order will be transmitted via electronic impulse initiated at a terminal in the merchant's establishment. The merchant will be paid at the instant of the cardholder's order transmittal by means of a credit to his account: the cardholder's account will be debited at the same time.*”

¹⁶Definito dalla letteratura giuridica americana, *cashless society*, ex multis LEE, *What's this Checkless all about?*. New York, 1999.

¹⁷BRANDEL E LEONARD, op loc. cit, p. 1035.

¹⁸,SPADA *Carte di credito: “terza generazione dei mezzi di pagamento”*, in *Riv dir. Civ.*, 1976 p. 490

4. Dalla moneta bancaria alla moneta elettronica

L'applicazione delle tecnologie informatiche e telematiche al sistema pagamenti, realizzatasi grazie allo sviluppo dell'elettronica in ogni campo della vita di relazione, ha sollevato ulteriori interrogativi in ordine all'idoneità del singolo strumento alternativo di pagamento, a porsi quale equivalente della moneta contante e, più in generale, alla problematica di salvaguardare l'unicità del concetto di denaro quale bene giuridico, rispetto alla pluralità delle forme in cui obiettivamente si manifesta.

Logica conseguenza è la necessità di tracciare le linee direttrici al fine di sgomberare il campo da possibili equivoci, anche di carattere terminologico, derivanti dal differente ruolo svolto dall'elettronica nei singoli casi.

In altri termini, si deve distinguere le ipotesi in cui si è ancora di fronte alla mera movimentazione di moneta scritturale, a quelle si può affermare che si è in presenza di moneta elettronica in senso stretto (*e-money*).

Come può essere agevolmente rilevato volgendo l'attenzione ad una serie di casi, largamente diffusi, quali il servizio *bancomat*, i trasferimenti elettronici di fondi propriamente detti, nonché le carte prepagate ed eventualmente ricaricabili, le mere movimentazioni scritturali sono¹⁹ le più diffuse nella pratica.

L'inserimento della tessera *bancomat* in un qualsiasi sportello ATM (*Automatic Teller Machines*) associato alla digitazione di un codice personale e segreto di accesso costituiscono tipico strumento attraverso cui il titolare può utilizzare le proprie disponibilità scritturali e rispetto al quale, in questo senso, gli impulsi elettronici hanno la funzione di ottenere la legittimazione del titolare ad ottenere la prestazione di denaro. In altri termini, il mezzo cui si sta accennando interviene sul piano del solo rapporto di provvista tra istituto emittente e titolare, a prescindere, quindi, da uno specifico fine di adempimento di un'obbligazione pecuniaria da parte di quest'ultimo²⁰. Anche nell'ipotesi in cui la carta magnetica

¹⁹Cfr. LEMME, *op. cit.*, 124 s., il quale riconosce che, quantomeno nelle forme utilizzate sinora, la moneta elettronica opera più come modalità particolare per la trasmissione di disponibilità bancarie, che in qualità di fenomeno dotato di una vera e propria autonomia rispetto ad esse.

²⁰Essendo estraneo allo strumento di cui si tratta lo scopo precipuo del pagamento sotto forma di circolazione diretta della moneta, ne deriva l'impossibilità di riconoscere allo stesso una vera e

venga utilizzata mediante un terminale POS (*Point of Sale*), la finalità di pagamento non finirebbe, nella sostanza, per ritagliare allo strumento un apprezzabile margine di autonomia nei confronti degli atti di disposizione della moneta scritturale, atteso il ruolo decisivo dell'istituto bancario, che, sulla base dell'ordine ricevuto, opera i relativi accrediti ed addebiti.

L'ipotesi da ultimo menzionata, infatti, può essere valutata nel quadro, più ampio, dei trasferimenti elettronici di fondi (EFTS: *Electronic Funds Transfer System*), cioè di quei sistemi, caratterizzati dalla realizzazione del trasferimento di una somma di denaro da un soggetto all'altro, ordinato ed eseguito per mezzo di impulsi elettronici²¹: la virtualità del passaggio della disponibilità patrimoniale, prescinde dall'ausilio di un qualsiasi supporto fisico, contante o documento rappresentativo che sia²², ma non dell'istituto di credito operante alla stregua dei tradizionali schemi della delegazione²³.

Per quanto concerne il fenomeno delle *smart cards*, ossia di carte magnetiche che esprimono una determinata quantità di denaro, non vi sono dubbi che da un lato le stesse manifestano un rilevante grado di immediatezza agli effetti dell'intermediazione degli scambi, ciò nonostante è stato osservato che vi sono caratteristiche tali che sembrano precludere una considerazione propriamente

propria qualifica di moneta elettronica. Cfr. LEMME, *op. cit.*, 134.

²¹Cfr. GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi e adempimento*, in *Foro it.*, 1990, V, 165, che, peraltro, comprende tra le forme di trasferimento elettronico di fondi, oltre ai POS ed agli sportelli ATM utilizzati anche per il servizio *bancomat*, le stanze di compensazione automatica ACH (*Automated Clearing Houses*), mediante le quali le banche provvedono a regolare reciprocamente le operazioni compiute attraverso l'utilizzo di meccanismi di elaborazione elettronica e di trasmissione dei dati; MARTUCCELLI, *Sistemi elettronici di pagamento ed adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Temi rom.*, 1998, 303.Cfr., in senso critico circa l'ampiezza dell'intervento dell'elettronica nelle fattispecie in esame, LEMME, *op. cit.*, 136, secondo cui non è necessario che l'intera operazione di trasferimento sia realizzata in forma elettronica, sussistendo la fattispecie anche allorché una sola fase dell'intero processo venga effettuata secondo tale modalità.

²²Cfr. FANTOZZI, *Il trasferimento elettronico dei fondi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 1117 ss., ove si sottolinea, peraltro, che la differenziazione fra titoli di credito e trasferimenti elettronici dei fondi risiede non solo nell'assenza della circolazione di un documento rappresentativo in questi ultimi, ma, altresì, nel maggior grado di astrattezza dei primi rispetto ai secondi, ossia quale più ampia permeabilità del rapporto finale tra creditore ordinatario e debitore ordinante da parte di eventuali vizi inerenti al rapporto con la banca.

²³In questo senso, si spiega come, ipotizzando l'esistenza di rapporti di conto corrente tra ordinante e banca e tra quest'ultima e beneficiario dell'operazione, si sia parlato, anche agli effetti della disciplina applicabile, di un bancogiro in forma elettronica, la cui differenziazione rispetto a quello tradizionale va rintracciata semplicemente nella particolare modalità per mezzo della quale l'accredito viene realizzato: contabile-elettronica appunto, anziché contabile-manuale. V. COSSU, *I pagamenti elettronici*, in *Riv. not.*, 1999, 1, 526; GIANNANTONIO, *op. cit.*, 167.

monetaria di esse la spendibilità limitata ad un solo bene o servizio (*single purpose*) ovvero ad una specifica categoria merceologica (*limited purpose*)²⁴.

Un evidente passo in avanti nel senso dell'immediatezza del trasferimento patrimoniale, si registra allorché l'impulso elettronico inizia a svolgere un ruolo più assorbente rispetto alla mera trasmissione dell'ordine di giro, tendendo ad esaurire l'intera operazione. È ciò che accade laddove il trasferimento dei fondi venga attuato nell'ambito di un sistema operante non solo *on line*, in quanto sussiste un collegamento diretto tra terminale periferico ed elaboratore centrale, ma, altresì, in tempo reale, ossia senza alcun apprezzabile sfasamento temporale tra l'ordine di disposizione e l'esecuzione di esso²⁵.

5. Moneta bancaria e moneta elettronica (segue)

In riferimento ai rapporti tra moneta contante ed *electronic cash*, è stato sottolineato che le valutazioni sopra riportate non possono indurre a negare *in toto* l'equivalenza tra tali forme di disponibilità economica e patrimoniale: le limitazioni previste risultano infatti espressione di prudenza normativa di fronte alla necessità di favorire un periodo di «sperimentazione» della nuova moneta, senza incidere sul piano, ben più decisivo, dell'intima sostanza del fenomeno, da valutare alla luce di un approccio di tipo funzionale. È proprio sotto questo punto di vista che, nel più limitato settore di utilizzo, la moneta elettronica viene considerata perfettamente alternativa al denaro contante, potendosene prospettare la comune accettazione e l'immediatezza nel trasferimento del valore, alla stregua di una delle modalità attraverso cui l'unità astratta ed ideale costituente moneta si manifesta e circola, e non prestazione qualitativamente diversa rispetto a quella dovuta *ab origine*.²⁶

²⁴V., in tal senso, LEMME, *op. cit.*, 142 ss.

²⁵ Cfr. MARTUCELLI, *Sistemi elettronici di pagamento ed adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, cit., 303; TIDU, *Clausola di esecuzione in «tempo reale» e pagamenti elettronici interbancari*, in *Il Contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, II. *Iniziativa economica e contratto*, Padova 1992, 352 ss., ove si specifica, da un lato, che il collegamento diretto cui si è fatto cenno non implica necessariamente che il sistema sia predisposto affinché l'ordine sia eseguito in via immediata e, dall'altro, che il «tempo reale» dell'operazione non significa *sic et simpliciter* che lo sfasamento temporale sia del tutto nullo.

²⁶Si rimanda a OLIVIERI, *op. cit.*, 812; PERRONE, *op. cit.*, 580 ss.; LEMME, *op. cit.*, 167, che rileva

Non considerare, infatti, le differenze che obiettivamente si riscontrano tra unità monetaria legale e pluralità delle forme di estrinsecazione della stessa, significherebbe creare una completa corrispondenza tra la prima e le monete metalliche e banconote, la cui conseguenza sarebbe quella di estendere anche alle forme di cui qui si tratta l'indirizzo più restrittivo, che vale a considerare queste ultime, come una ipotesi di prestazione in luogo dell'adempimento a norma degli art. 1197 e 1198 c.c., sulla scorta di ricostruzioni giurisprudenziali, sono da considerarsi in via di superamento.²⁷

Sul punto si è evidenziato, che le perplessità sulla strada di una generalizzazione dell'uso della moneta elettronica, anche garantita da un più ampio riconoscimento statutario, debbano essere superate: non paiono esservi grossi dubbi sul fatto che non soltanto l'enorme potenzialità dell'elettronica, accompagnata all'enorme diffusione delle carte ricaricabili in singoli e specifici settori, hanno come conseguenza che la funzionalità propriamente monetaria già in atto verrebbe a svolgere un'efficacia non costitutiva, bensì meramente ricognitiva: paradigmatico è l'esempio storico costituito dalla banconota, anch'essa sorta nell'ambito dell'autonomia degli operatori dell'ordinamento e, segnatamente, del sistema bancario, successivamente elevata al corso legale, senza che tale suggello abbia inciso sulla sostanza del fenomeno monetario più di quanto alcuni secoli di corso fiduciario non avessero già fatto²⁸

Conseguenza di tale premessa che la distinzione tra genericità del bene oggetto e fungibilità dello stesso²⁹, la giusta considerazione delle più moderne ipotesi

l'importanza decisiva della disposizione di cui al considerando n. 7 della direttiva n. 2000/46/CE, ove la moneta elettronica viene definita «surrogato elettronico di monete metalliche o banconote»

²⁷Per l'indirizzo più tradizionale si rimanda a FINOCCHIARO G., *op. cit.*, 1356 ss., secondo cui la previsione convenzionale di una modalità trasmissiva del denaro diversa rispetto al contante escluderebbe, per ciò solo, la natura propriamente pecuniaria dell'obbligazione. L'autrice, peraltro, riconosce la presenza di una forte evoluzione in materia, che impone di valutare la stessa anche al banco di prova costituito dagli sviluppi futuri della fenomenologia.

²⁸Si veda MORI, *op. cit.*, 30, secondo cui, se è vero che la nascita della banconota quale moneta viene comunemente rintracciata nel momento in cui l'autorità statale esonerò gli istituti emittenti dall'obbligo della conversione, deve essere parimenti riconosciuto che tale atto non sancì l'introduzione di un nuovo ordinamento monetario, ma, più semplicemente, la formalizzazione di uno stato di fatto ormai consolidato.

²⁹L'orientamento tradizionale fonda la differenziazione sul carattere soggettivo della genericità, in quanto convenzionalmente riferita dalle parti alla prestazione oggetto dell'obbligazione, laddove la fungibilità riguarderebbe caratteristiche intrinseche, quindi oggettive, dei beni. V., in tal senso, CANTILLO, *op. cit.*, 1322. Critico nei confronti di tale indirizzo ricostruttivo è ZARRELLI,

monetarie induce, ancora una volta, ad evitare il ricorso a punti di vista, che, in qualche modo, possano riportare *in auge* l'accostamento tra obbligazioni pecuniarie e debiti di cose generiche attraverso una graduazione qualitativa della moneta. Al contrario, si ritiene che il problema sia quello, evidentemente diverso, di analizzare la fungibilità tra le diverse forme monetarie, nel senso di pari capacità di trasferire il valore economico e patrimoniale esauendo la relativa vicenda, in un'ottica che valga finalmente ad andare oltre il limitato ambito delle monete metalliche e banconote, e ricomprendere anche le ulteriori modalità di cui si è detto o, meglio, quelle che, tra esse, siano valutate positivamente in base al suddetto parametro.

Se, peraltro, le sopra ricordate caratteristiche di funzionamento della moneta elettronica valgono a manifestare un'attitudine tipicamente pecuniaria già in atto, nonché ad introdurre nello studio della problematica decisivi elementi di novità rispetto ai più tradizionali strumenti di circolazione di disponibilità nei confronti del sistema bancario, vale la pena di sottolineare la necessità di distinguere, almeno per consentire una descrizione delle variegata forme assunte, tra la logica dell'equivalenza sul piano dell'idoneità al trasferimento del valore patrimoniale tra il denaro contante e le più moderne fattispecie di moneta elettronica e scritturale che grazie anche ad interventi legislativi, che verranno in seguito esaminati hanno conosciuto uno sviluppo notevole.

Sezione II

Il denaro come fenomeno giuridico

Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione, Napoli 1969, 89 s., secondo cui, la fungibilità riguarderebbe il piano dell'interesse creditorio, mentre la genericità quello dell'individuazione delle cose, con la conseguenza che, anche laddove il ricorrere della seconda imponesse di ragionare in termini di esattezza qualitativa della prestazione *ex art. 1178 c.c.*, la fungibilità non sarebbe esclusa. Ciò in quanto di quest'ultima si prospetti una visione non astratta, ma legata dall'interno al rapporto obbligatorio e, quindi, limitata al più ristretto ambito delle cose qualitativamente idonee a soddisfare il creditore.

1. Il quadro normativo europeo

Gli sviluppi della legislazione a livello europeo ³⁰ pongono all'attenzione del giurista, e non solo, la necessità di tenere ben ferma la distinzione tra le ipotesi sopra accennate, in cui si assiste alla semplice trasmissione in forma elettronica di un ordine di movimentazione avente ad oggetto moneta bancaria, da quelle definibili quali *e-money* in senso stretto, ossia «un valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia memorizzato su un dispositivo elettronico, emesso previa ricezione di fondi di valore non inferiore al valore monetario emesso e accettato come mezzo di pagamento da soggetti diversi dall'emittente»³¹.

Per ciò che concerne la natura del bene denaro, non vi sono dubbi che la sua caratteristica peculiare, cioè l'immediatezza del trasferimento dell'astratta unità patrimoniale la accomuni alle più moderne tecnologie di pagamento, nel senso che, con particolare riguardo alla moneta elettronica propriamente intesa ed anche ai trasferimenti *real time*, risultano difficilmente sostenibili le ragioni di perplessità manifestate dalla nostra giurisprudenza rispetto alla problematica inerente al rapporto di fungibilità tra contante e fattispecie alternative, sulla strada della comune appartenenza del valore economico rappresentato al più ampio concetto di moneta legale ³². Se, si pone l'accento sugli aspetti essenziali

³⁰ Ci si riferisce non solo alla raccomandazione 30 luglio 1997 n. 97/489/CE, relativa alle operazioni effettuate mediante strumenti elettronici ed al Rapporto sulla moneta elettronica rilasciato dalla Banca centrale europea nell'agosto 1998, ma, soprattutto, alle direttive n. 2000/46/CE e n. 2000/28/CE, in materia di istituti di moneta elettronica, entrambe recepite in Italia con la l. 1° marzo 2002 n. 39. Cfr. PERRONE, *La nuova disciplina italiana sulla moneta elettronica: un'introduzione*, in *Studium iuris*, 2003, n. 2, 578 ss.

³¹ Secondo la dizione di cui all'articolo 55 della legge nr. 39 del 2002. Cfr. FINOCCHIARO G., *Prime riflessioni sulla moneta elettronica*, in *Contratto impresa*, 2001, 1345, che descrive il fenomeno quale «file che rappresenta un certo valore in denaro»; LEMME, *op. cit.*, 155 ss., il quale pone l'accento sul caricamento di moneta contante o scritturale su una carta ovvero su di un programma per elaboratore; TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, 2001, n. 53, p. 9, ove si focalizza l'attenzione sulla distinzione tra *software money*, quale denaro immagazzinato nella memoria di un terminale, e le carte prepagate, in quanto strumentali al piccolo consumo.

³² Come si vedrà il problema è stato preso in considerazione soprattutto rispetto agli assegni e su di essi. Non è stata dedicata una simile attenzione al bancogiro, nonostante già questo istituto manifesti la tendenza al superamento della materialità nella circolazione monetaria e, in particolare, alla virtualità del pagamento. A quest'ultimo riguardo, cfr. MARTUCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, cit., 212 ss., ove si sottolinea che proprio

dell'efficacia solutoria e della non rifiutabilità, veri *puncta prurientes* di fronte ad un pagamento immediato quale quello in moneta digitale, gli elementi di problematicità analizzati in ordine agli assegni tendono a sfumare in misura notevole³³, in considerazione dell'obiettivo difficoltà di giustificare profili di non accettazione in buona fede di simili forme di pagamento, egualmente idonee ad assicurare l'interesse del creditore all'ottenimento della disponibilità di un valore monetario.³⁴

Che, poi, si possa affermare o meno una completa equiparabilità giuridica, oltre che sociale ed economica, tra denaro contante e nuove forme monetarie è questione rispetto alla quale entra in gioco una pluralità di fattori, peraltro afferenti non solo al piano del diritto³⁵.

Argomenti critici sono stati sollevati sul piano della limitatezza quantitativa dei pagamenti e degli utenti e, soprattutto, della supposta assimilabilità ai titoli di credito. Essi si fondano sui dati letterali della disciplina europea recepita in Italia e, più precisamente, sulla già menzionata direttiva n. 2000/46/CE³⁶. Questi, tuttavia, non appaiono decisivi o, comunque, non sembra che da essi possano farsi derivare conseguenze in ordine alla generale esclusione della natura propriamente monetaria degli strumenti in esame, fino al punto che si tratti di prestazione sostanzialmente o qualitativamente diversa rispetto a quella dovuta.

Da un lato, infatti, è pacificamente riconosciuto che i limiti previsti in ordine sia alla natura di impresa del soggetto ricevente, sia al limitato importo del

l'applicazione dell'elettronica alla fenomenologia dei pagamenti e, per mezzo del forte ridimensionamento del ruolo della banca nelle operazioni svolte in tempo reale, porti ad un rilevante accostamento al denaro contante, sul piano del carattere diretto del rapporto intercorrente tra debitore e creditore.

³³La stessa portabilità dell'obbligazione pecuniaria *ex art.* 1182, comma 3, c.c., si ritiene possa essere salvaguardata, basti pensare ai sistemi di *home banking*, suscettibili di assicurare la possibilità degli utenti di disporre e ricevere pagamenti mediante terminali installati direttamente presso le proprie abitazioni. Cfr. MARTUCELLI, *op. ult. cit.*, 202; ed anche LEMME, *op. cit.*, 149 s., il quale specifica che non sussistono essenziali differenze tra le banche tradizionali e quelle operanti sulla rete, fatte salve, naturalmente, le peculiarità riguardanti gli aspetti tecnici della gestione e della trasmissione della ricchezza.

³⁴V., in tal senso, MAGAZZÙ, *op. cit.*, 515, che rileva come, al fine di ritenere esatto l'adempimento dell'obbligazione, sia sufficiente l'aver conseguito da parte del creditore la disponibilità del valore monetario, inteso quale oggetto dell'interesse di questi e, quindi, vero e proprio bene in senso giuridico.

³⁵ Si veda in tal senso, FINOCCHIARO G., *op. cit.*, 1349 ss.

³⁶ L'Art. 1 della direttiva n. 2000/46/CE. Si riferisce genericamente a «soggetti diversi dall'emittente» l'art. 55, comma 1, della relativa legge di attuazione.,

pagamento elettronico³⁷, rappresentano altrettante espressioni della prudenza del legislatore europeo di fronte ad un'innovazione incidente su fattispecie particolarmente delicate, quali quelle del trasferimento di valori monetari³⁸.

Dall'altro, l'inserimento del fenomeno *de quo* nel novero dei titoli di credito, seppure di natura informatica, solleva talune incertezze in relazione all'azionabilità del relativo diritto ad ottenerne la conversione in altra forma.

In particolare, laddove si applicassero gli schemi della cartolarizzazione del credito, dovrebbe, a rigore, affermarsi che il diritto del detentore al rimborso nei confronti dell'istituto emittente si trasferirebbe al prenditore del titolo, una volta effettuato il pagamento. Si nota, invece, che quest'ultimo soggetto può chiedere la conversione soltanto all'intermediario con cui è contrattualmente legato, che non necessariamente coincide con l'istituto emittente³⁹.

2. Il quadro normativo nazionale (articolo 1277 e 1182) e l'esattezza della prestazione nelle obbligazioni pecuniarie

Le obbligazioni pecuniarie, cioè le obbligazioni aventi ad oggetto il pagamento di una somma di danaro, costituiscono la più rilevante e diffusa specie di obbligazione.

Tradizionalmente si afferma che l'estinzione di tale obbligazione consegue al pagamento dell'importo corrispondente in moneta avente corso legale nello Stato presso il domicilio del creditore.

³⁷ cfr. il considerando nr. 3 della direttiva 2000/46

³⁸ Così si esprime FINOCCHIARO *op. cit.* 1349 che sottolinea il ruolo svolto dalla stessa Banca d'Italia, i cui schemi contrattuali non prevedono ancora la comunicabilità del valore patrimoniale da carta a carta, essendo assicurata la sola convertibilità della moneta in esse caricata.

³⁹ Si veda OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica. Brevi note in margine alla direttiva 2000/46/Ce riguardante gli istituti di moneta elettronica*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 2001, 813, il quale sottolinea che, atteso il carattere eventuale della conversione, se la stessa non dovesse effettivamente realizzarsi, il trasferimento di moneta elettronica, considerato alla stregua di mera consegna di un titolo di credito, finirebbe per essere privo di causa; PERRONE, *op. cit.*, 581, il quale sottolinea, quali elementi decisivi al fine di distinguere moneta elettronica e titoli di credito, l'immediatezza del passaggio dell'utilità economica dal *solvens* all'*accipiens*, nonché la difficoltà, di cui si è detto, di configurare la proprietà di un valore monetario. Parla, invece, di «titolo di credito informatico», FINOCCHIARO G., *op. cit.*, 1351, ove si riconosce come la fattispecie in esame imponga, comunque, una rivisitazione della disciplina dei titoli di credito, avuto riguardo alla necessità di prospettare nuove forme di titolarità, tali da prescindere dal possesso materiale di un documento rappresentativo.

Per l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie si utilizza indifferentemente il termine "adempimento" ed il termine, più diffusamente utilizzato nel linguaggio corrente, "pagamento", senza che questa utilizzazione di differenti termini comporti una diversa disciplina.⁴⁰

Tale principio discende dal combinato disposto delle norme cui all'art. 1277 c.c. ed all'art. 1182 c.c.

Il primo articolo, che apre la sezione del codice civile ove sono collocate le norme che disciplinano le obbligazioni pecuniarie⁴¹, è rubricato "*Debito di somma di denaro*" ed enuncia il ben noto principio c.d. nominalistico che informa di sé la disciplina dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, disponendo al proprio primo comma che "*I debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale*".

Il principio nominalistico stabilisce, in primo luogo, che il debito di danaro si estingue per la quantità di pezzi monetari originariamente pattuita, senza che assumano rilevanza modificazioni del potere d'acquisto della moneta che possono eventualmente sopravvenire⁴². In secondo luogo, stabilisce il potere liberatorio della moneta avente corso legale nello Stato; questo potere implica che il creditore

⁴⁰ In questo senso cfr. DI MAJO, cit. p. 548, il quale testualmente afferma che "*nel linguaggio corrente si è portati ad attribuire al termine 'pagamento' un significato riferibile alle obbligazioni di dare e, in particolare, a quelle pecuniarie, in sede normativa, tuttavia, si assiste ad una pressoché totale equiparazione tra i due termini*". Su tale aspetto, si veda anche CIAN, *Pagamento*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 234 ss., il quale tratta l'adempimento di qualsivoglia tipo di obbligazione sotto la voce "*Pagamento*", sottolineando come l'accezione più ristretta di tale termine tradizionalmente si riferisca all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie. In ogni caso, anch'egli sottolinea la piena equivalenza giuridica delle espressioni "*pagamento*" ed "*adempimento*" che il codice civile utilizza indifferentemente per indicare l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Fu particolarmente durante la vigenza del codice del 1865 che, in senso tecnico, con il termine "*pagamento*" si intendeva l'attuazione di una obbligazione di dare. A quell'epoca, l'obbligazione era considerata un modo di acquisto della proprietà, come si evince anche dall'art. 1240 secondo il quale il pagamento, per essere valido, doveva essere effettuato da colui che era proprietario della cosa e capace di alienarla (norma che riprendeva pedissequamente l'art. 1238 del codice civile secondo il quale "*Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner*")

⁴¹ Si ricorda, tuttavia, che le obbligazioni pecuniarie, per la loro importanza e per la loro diffusione, trovano disciplina in molte delle altre norme del codice civile che dettano la disciplina delle obbligazioni in generale: così, ad esempio, nel già ricordato art. 1182, comma 3°, sul luogo dell'adempimento, nell'art. 1219 comma 2° n. 3 disciplinante la costituzione in mora in caso di inadempimento di obbligazioni da adempiersi al domicilio del creditore, nell'art. 1224 che disciplina il danno nelle obbligazioni pecuniarie, e così via.

⁴² A meno che le parti abbiano inserito clausole specifiche finalizzate ad adeguare la somma dovuta alle variazioni del potere di acquisto della moneta.

non può rifiutare il pagamento mediante tale moneta, pena la possibilità di essere costituito in mora secondo quanto stabilito agli artt. 1206 ss. c.c.

Tuttavia, confortati in questa interpretazione anche da qualche pronuncia della giurisprudenza⁴³, tale principio può essere interpretato nel senso che il creditore non può rifiutare il pagamento mediante dazione di pezzi monetari, ma non anche nel senso di escludere che le obbligazioni pecuniarie possano essere estinte mediante strumenti alternativi di pagamento.

Questa seconda opzione ermeneutica è invece espressa dalla più rigida giurisprudenza che esclude il potere liberatorio dei pagamenti effettuati con strumenti diversi dal danaro contante, affermando l'esclusività di questo quale mezzo liberatorio di pagamento.

Già la dottrina⁴⁴ aveva espresso l'opinione secondo la quale il principio nominalistico sia stato introdotto con la finalità di realizzare la massima protezione della moneta emessa dallo Stato, senza che a ciò debba conseguire l'esclusione della possibilità di riconoscere efficacia solutoria delle obbligazioni pecuniarie a forme di trasferimento di danaro diverse dalla semplice dazione di pezzi monetari.

Tale principio si limita, dunque, a sancire (oltre al fatto che l'estinzione dei debiti di somme di danaro avviene per il valore nominale della moneta al tempo del pagamento) il potere liberatorio del pagamento effettuato mediante moneta avente corso legale nello Stato, con conseguente obbligo di accettazione per il creditore di tale modalità di adempimento, dando in tal modo concreta effettività al principio della sovranità monetaria dello Stato.

Questo principio, tuttavia, sta subendo un progressivo ridimensionamento ad opera di recenti interventi del legislatore che vietano i pagamenti in danaro contante, imponendo la loro esecuzione mediante strumenti alternativi diversi dal danaro circolante, quali bonifici bancari, assegni e, più in generale, moneta scritturale.

⁴³Trib. Milano, 30 aprile 1983

⁴⁴INZITARI, *La moneta*, in *Trattato Galgano*, VI, Padova, 1983, 59

L'altra disposizione del codice civile che viene in considerazione è l'art. 1182 c.c. che disciplina il luogo dell'adempimento⁴⁵ delle obbligazioni. Le norme contenute in tale articolo hanno carattere dispositivo, trovando applicazione qualora le parti non abbiano diversamente pattuito un particolare luogo oppure qualora il luogo dell'adempimento non possa desumersi dagli usi o dalla natura della prestazione.

Con riferimento alle obbligazioni pecuniarie, l'art. 1182 c.c. al terzo comma dispone che "*L'obbligazione avente per oggetto una somma di danaro deve essere adempiuta al domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza*". A tale disposizione, tuttavia, il legislatore successivamente aggiunge che "*Se tale domicilio è diverso da quello che il creditore aveva quando è sorta l'obbligazione e ciò rende più gravoso l'adempimento, il debitore, previa dichiarazione al creditore, ha diritto di eseguire il pagamento al proprio domicilio*".

Nel corso dell'ultimo capitolo si presterà particolare attenzione ai problemi che tale disposizione ha comportato e si darà conto delle soluzioni offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza per fare fronte a queste problematiche.

Per chiarire meglio i termini della questione, si deve fin da ora sottolineare che il domicilio del creditore quale luogo di adempimento dell'obbligazione pecuniaria è criterio suppletivo rispetto ai principali criteri della volontà delle parti e della natura della prestazione (art. 1182, comma 1°, c.c.). Se l'adempimento di una obbligazione pecuniaria viene eseguito mediante uno strumento alternativo di pagamento, quale l'assegno, si può ragionevolmente ritenere che il luogo di adempimento sia la banca presso la quale il creditore riscuote la somma indicata, in linea con il criterio che richiama la natura della prestazione⁴⁶, senza dunque riscontro di alcuna violazione della norma di cui all'art. 1182, comma 3°, c.c.

⁴⁵Mentre l'attuale codice usa l'espressione "*luogo dell'adempimento*", l'art. 1249 del codice civile del 1865 utilizzava l'espressione "*luogo di pagamento*", denominazione ancora utilizzata nel codice civile (art. 1247); anche nel BGB (par. 270) viene utilizzata l'espressione "luogo di pagamento" solo però con riferimento alle obbligazioni pecuniarie, mentre più in generale viene utilizzata l'espressione "*luogo della prestazione*" (par. 269). Tale mutamento di espressioni nel diritto italiano trova giustificazione nel fatto che il legislatore del 1942 ha disciplinato all'art. 1182 non solo il luogo dell'adempimento delle obbligazioni di dare e di quelle aventi ad oggetto somme di danaro, ma il luogo dell'adempimento di qualsiasi specie di obbligazione.

⁴⁶Su tale punto si veda DI MAJO, cit., 119 il quale afferma che le norme di cui agli art. 1498 comma 2 (pagamento del prezzo nella disciplina del contratto di compravendita), 1528 (pagamento del prezzo nella vendita contro documenti) e 1834 (depositi di danaro nei depositi bancari) c.c. sono deroghe legali al principio di cui all'art. 1182, comma 3°, c.c. oltre che in linea con il criterio che richiama la natura della prestazione di cui all'art. 1182, comma 1° c.c., in quanto

Dopo aver fatto cenno alla disciplina di cui all'articolo 1277 e 1182 del c.c. si deve sottolineare in via generale come la valutazione circa l'esattezza o meno della prestazione effettuata dal debitore per le obbligazioni pecuniarie risulta ben più netta che per le altre categorie di obbligazioni.

Nelle obbligazioni di fare o di dare, sono i criteri della diligenza in concreto esigibile (media o professionale), in tutte le loro proiezioni (livello di perizia, di qualità, ecc.), che forniscono il metro per valutare l'esattezza della prestazione e quindi la liberazione o meno del debitore.

Le stesse regole della diligenza e del livello di qualità richiesta si ritiene che non sono utilmente applicabili alle obbligazioni pecuniarie per una valutazione di corrispondenza o meno dell'oggetto della prestazione eseguita rispetto a quella dovuta. Infatti il danaro è un *genus* di unità monetarie che, in quanto unità ideali e del tutto astratte, non sono suscettibili di alcuna valutazione con criteri che, come la diligenza o la definizione del livello di qualità richiesto, presuppongono una qualifica di materialità. Il danaro viene assunto, infatti, unicamente in termini di quantità (quantità di unità ideali monetarie) e non è suscettibile di una valutazione idonea a cogliere differenze tra le diverse unità monetarie che sono per definizione del tutto uguali tra loro⁴⁷. Inoltre, lo stesso comportamento del debitore nell'eseguire l'obbligazione di pagamento non è valutabile attraverso il criteri della diligenza, bensì solo valutando se questi ha fatto conseguire al creditore il valore patrimoniale connesso alla somma dovuta. Proprio questa peculiarità ha indotto la dottrina che maggiormente ha contribuito allo studio del diritto delle obbligazioni nel codice del 1942 a parlare in relazione all'adempimento della obbligazione pecuniaria, di obbligazione di risultato⁴⁸.

Ma è proprio questa caratteristica della prestazione pecuniaria che può considerarsi effettivamente adempiuta solo se raggiunge il risultato di trasferire al creditore la somma di danaro dovuta, ciò che ha portato ad individuare nel

tale "natura" deve essere stabilita anche in relazione al mezzo di pagamento adoperato.

⁴⁷ Cfr. INZITARI, *La moneta* (nt. 1), 25 ss

⁴⁸ Cfr. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1994, 130. Tale prospettazione coglie il punto centrale e più peculiare dell'obbligazione pecuniaria e deve essere identificata nel risultato richiesto in via generale dal 362 BGB secondo il quale il debito si estingue solo quando la prestazione eseguita è divenuta efficace nei confronti del creditore

pagamento effettuato dal debitore, attraverso la consegna al creditore di danaro contante, il pagamento *esattamente* eseguito. Dal principio dell'art. 1277 c.c., che stabilisce la liberazione del debitore che paga con moneta avente corso legale, è stato, infatti, direttamente e forse comprensibilmente, dedotto che solo il pagamento con moneta in contanti costituiva *esatto* adempimento.

Si è ritenuto, quindi, che il pagamento in moneta contanti era attributivo dell'unico bene ritenuto idoneo dall'ordinamento per estinguere il debito pecuniario. Nello stesso tempo, al pagamento con mezzi alternativi al danaro contante veniva assegnata la qualifica di pagamento inesatto e quindi di per sé non liberatorio, se non per effetto di una accettazione del creditore che, nell'esercizio della sua autonomia negoziale, rinuncia a far valere l'inesattezza dell'inadempimento e decide di considerarsi soddisfatto anche ricevendo una prestazione diversa da quella dovuta.

3. La concezione tradizionale: l'obbligazione pecuniaria come traditio di pezzi monetari.

La principale ragione che può indurre ad attribuire il carattere di esattezza al solo pagamento effettuato dal debitore con la dazione al creditore di pezzi monetari in contanti, trova la sua origine in una interpretazione, in via di superamento, che identifica il concetto di danaro inteso come unità monetaria, con quello di moneta emessa dallo Stato e per l'appunto coniata o stampata sotto forma di carta moneta. Nella tradizione della interpretazione delle obbligazioni pecuniarie è ricorrente la sovrapposizione ed identificazione tra danaro e moneta. Secondo l'opinione di Ascarelli, con questi due termini si designa “*qualunque misura di valore adottata e qualunque oggetto corrente ... tipicamente come strumento di scambio*”; in altri parole *con i termini valuta e poi unità valutaria e pezzi valutari si indica l'unità di misura monetaria legale di ogni ordinamento e i pezzi monetari aventi corso legale*. In altri termini si afferma che all'unità di misura ed ai pezzi si dovrebbe

fare riferimento per determinare il concetto di danaro esistente nello specifico ordinamento⁴⁹.

L'identificazione tra moneta contante in forma di banconota e danaro inteso come astratta unità ideale di misura, risulta ancora ancor più diretta ed esplicita quando lo stesso Autore dopo essersi soffermato sul corso legale della moneta emessa dallo Stato, sulla inconvertibilità della moneta, affronta la trattazione del *corso forzoso*.

Tale nozione, nella ricostruzione effettuata da Ascarelli, costituisce una peculiare disciplina dei debiti di danaro e con l'espressione corso forzoso si intende tanto la disciplina dell'unità di misura, quanto quella dei pezzi monetari⁵⁰.

Le ragioni di questa forte identificazione tra il danaro inteso come unità di misura e la moneta in concreto emessa dallo Stato risiede nel fatto che nell'esperienza troppo recente era la crisi del sistema aureo, della emissione e circolazione di moneta dotata di valore intrinseco, del regime di convertibilità delle banconote emesse dalle banche centrali⁵¹.

Questo più che comprensibilmente induceva a ritenere, come risulta dal pensiero dell'Ascarelli, che se pure il concetto di danaro si identificava in quello di astratta misura di valore e di scambio, esso poi si sostanziava nella moneta materialmente coniata e stampata dallo Stato.

⁴⁹ Cfr. ASCARELLI op. cit, p. 41

⁵⁰ ASCARELLI manteneva pertanto la impostazione espressa nel primo lavoro sulla moneta, *La moneta, considerazioni di diritto privato*, Padova 1928, 68, che identifica il danaro con il bene materiale che lo Stato designava appunto tale: "*v'ha danaro ogniqualvolta la norma ... dichiara danaro un determinato oggetto*"

⁵¹ Nel primo saggio *La moneta* (nt. 5), ASCARELLI, pur non separandosi dalla concezione materiale e corporea del danaro, in realtà mostra anche di apprezzare l'impostazione del tutto moderna ed originale di NUSSBAUM, sostenuta nella monografia allora da poco apparsa, *Des Geld*, in *Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*, Tübingen, 1925, del quale l'autore italiano a p. 63 riassume il pensiero: "*Sono, secondo il Nussbaum, danaro quelle cose che vengono date ed accolte in circolazione non per ciò che rappresentano fisicamente, ma come multiplo o sottomultiplo di una determinata unità*" e poi successivamente nella stessa monografia: "*Dal primo punto di vista ... a me sembra che nel mondo moderno il danaro venga prevalentemente considerato (non si esclude, vedremo, la possibilità di una diversa considerazione) nel suo valore nominale: il concetto del danaro, che sopra si è esaminato, mi sembra si traduca nell'altro che il danaro viene astrattamente considerato in via normale in relazione ad una determinata unità ideale, secondo la tesi che seppure già messa in evidenza da altri autori, e specie dal Philippovich, ha trovato la sua più organica illustrazione nel Nussbaum, e non in relazione al valore che esso rappresenta se valutato in termini di merce, di altra moneta e via dicendo*"

È del tutto giustificato pertanto che, una volta che la moneta contante (o la carta moneta), viene assunta quale unità legale di misura dei valori, il pagamento della obbligazione pecuniaria venga necessariamente visto come attribuzione al creditore della unità legali di misura dei valori attraverso consegna al creditore dello strumento creato dallo Stato per incorporare tali unità, altrimenti astratte, di misura dei valori.

Da queste premesse solo il pagamento effettuato attraverso moneta in contanti rivestirebbe quel requisito di *esattezza* idoneo a procurare la liberazione del debitore.

Logica conseguenza delle premesse sopra ricordate, è quella di escludere l'efficacia liberatoria di mezzi di pagamento diversi dal denaro (il riferimento viene proposto esaminando gli assegni bancari e quelli circolari.

Gli assegni tanto bancari ma anche circolari quando vengono dati in sostituzione del pagamento in moneta cui il creditore ha diritto sono privi dell'efficacia liberatoria in quanto, secondo tale ricostruzione, tale efficacia spetterebbe solo ai pezzi monetari, verificandosi altrimenti un'ipotesi di prestazione in luogo dell'adempimento pro soluto o pro solvendo.

4. Verso il superamento della concezione “reale” del pagamento

In contrapposizione a tale ricostruzione, è stato osservato che nel complessivo sistema delle obbligazioni pecuniarie, non appare giustificato attribuire alla moneta contante e cioè (alla *carta moneta* come diceva Ascarelli) quel significato concettuale e quella funzione di *unità legale di misura dei valori* che la citata dottrina attribuiva alla carta moneta emessa dallo Stato e circolante, grazie al corso forzoso imposto sempre dallo Stato.

Non soltanto, una tale concezione risulta incompatibile con un moderno significato della moneta adottata dallo Stato quale unità di misura dei valori e quale mezzo di scambio, ma appare addirittura vetusta e sul piano tecnico

inapplicabile rispetto alla attuale definizione del danaro quale *ideal unit*, astratta unità ideale monetaria creata dallo Stato⁵².

la moneta emessa dallo Stato sotto forma di carta moneta o di moneta coniate divisionaria non può essere, infatti, assimilata e confusa con l'unità ideale monetaria che lo Stato impone quale misura dei valori e di scambio. L'unità legale monetaria è infatti la proiezione numerica di un comando della sovranità monetaria ed al pari di tutti i comandi non ha materia. Essa non può essere confusa con il metallo delle monete o con la carta delle banconote.

Le banconote e le monete sono soltanto il *veicolo*, la *forma di manifestazione materialmente e praticamente necessaria (almeno ad un certo livello di sviluppo del fenomeno monetario) della unità di misura costituita dalla monetary unit* creata dallo Stato⁵³.

Essa storicamente ha certamente costituito un formidabile strumento per la circolazione e quindi per l'attribuzione a colui che nelle diverse tappe del processo di circolazione risultava possessore delle banconote, della legittimazione a rimettere in moto a suo piacimento la circolazione per la acquisizione di altri beni o merci in misura direttamente proporzionale alle unità di misura monetaria rappresentate dalle banconote di cui era titolare.

Ma va osservato che nello stesso tempo proprio la funzione di circolazione e di accettazione della carta moneta si è progressivamente sempre più ristretta e logorata. È sotto gli occhi di tutti ormai l'affermarsi di tendenze legislative comuni in tutti i paesi e, globalmente, confermati ed incoraggiati dalle organizzazioni sopranazionali, volta a limitare, se non ad escludere, l'uso del contante. Sono proprio le banconote il veicolo rappresentativo delle unità monetarie che con maggiore frequenza e facilità vengono utilizzate dalle organizzazioni criminali per far circolare e tesaurizzare i ricavi di attività illecite, sia perché il carattere assolutamente anonimo delle banconote ostacola controlli fiscali e finanziari che oggi sono ritenuti indispensabili non solo per perseguire gli illeciti di natura fiscale, finanziaria ed in genere di qualsiasi attività criminale ma anche per assicurare il corretto svolgimento dell'attività economica nella concorrenza e nella

⁵²INZITARI, *Le funzioni del danaro nella società contemporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, ora in *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006, 493 ss

⁵³ INZITARI , op. cit,p. 24

libertà del mercato. Inoltre, appartiene al comune sentire, la constatazione che la custodia, la circolazione e lo scambio attraverso moneta contante, particolarmente per rilevanti importi, viene ormai universalmente valutata inefficiente ed insicura.

Capitolo 2

Gli strumenti di pagamento alternativi al denaro contante alla luce dell'evoluzione del concetto di monete.

1. La marginalizzazione dell'uso del denaro contante

Per le ragioni ricordate al capitolo 1, costituisce ormai una considerazione ricorrente quella in forza della quale nelle società più evolute si è andati verso una vera e propria marginalizzazione nell'uso del denaro contante. In particolare non vi sono dubbi che si sta facendo strada un sistema economico basato su transazioni virtuali, con la conseguenza che il denaro è ormai dematerializzato e deformalizzato⁵⁴ e può assumere le forme più variegate, che consentono comunque l'estinzione del debito pecuniario. La forma che un certo valore monetario può manifestare è solo la rappresentazione del denaro stesso, con definitivo distacco del denaro rispetto ad ogni materialità.⁵⁵

Pare non vi siano dubbi nel ritenere che “la moneta creata dallo Stato consiste in unità meramente ideali, *ideal unit*, prive di un'intrinseca materialità, definibili solo attraverso solo attraverso il *nomen* attribuito dallo Stato e valutabili sulla base del rapporto con cui nel mercato vengono scambiate con altre unità ideali monetarie o con qualsiasi altro bene suscettibile di valutazione economica”.⁵⁶

In altri termini, le forme del denaro (materiale o scritturale) altro non sono che la rappresentazione della *ideal unit* riconosciuta dallo Stato.

Tale ricostruzione, nasce dalla constatazione di fondo che coloro che possono permettersi di pagare con carta moneta beni e servizi di una minima consistenza, quali il conto dell'albergo o del ristorante oppure il noleggio dell'automobile, e quindi tanto più pagamenti per beni durevoli di una certa consistenza quali abbigliamento, elettronica, ecc., mostrano una obbiettiva diversità di

⁵⁴Usa tale espressione DALLA MASSARA, cit p. 115.

⁵⁵ Si occupa di tali profili CAGGIANO, *il denaro tra proprietà e credito: le logiche dell'appartenenza*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p. 491 ss

⁵⁶NUSSBAUM, *money in the law*, cit, p. 41ss

comportamento rispetto alla generalità, che induce a ritenere che tali banconote sia state acquisite in modo illecito. Infatti troppo manifesta è l'irragionevolezza della detenzione di somme di danaro per importi superiori alle necessità puramente bagatellari quotidiane, considerato che il prezzo di una così pericolosa ed inefficiente detenzione di carta moneta viene spiegato quale comportamento imposto dalla necessità di dover occultare il danaro, il cui possesso non potrebbe essere giustificato con mezzi leciti.

Per effetto della smaterializzazione della moneta, risulta essere virtualizzata anche la nozione di pagamento: l'effetto estintivo, non comporta un obbligo di dare, né è richiesta la necessità della *traditio* che per opinione tradizionale rappresenta il *solvere* del debito pecuniario.⁵⁷

Il mercato si è d'altro canto assestato nella progressiva eliminazione della accettazione della carta moneta al punto che molti servizi vengono ormai erogati solo attraverso consegna, piuttosto che del danaro contante di quella che nel linguaggio giornalistico economico viene denominata moneta di plastica (carta di credito, bancomat, ecc.). Si cominciano a sviluppare addirittura prassi particolari circa la utilizzazione della carta di credito, la quale, in verità oltre che come mezzo di pagamento viene utilizzata come garanzia indiretta ed impropria ma assai efficiente: ad esempio l'albergatore o noleggiatore di auto "aprono" la procedura di addebito al momento della richiesta del servizio e si avvalgono della possibilità di addebitare sostanzialmente in modo unilaterale i crediti per le prestazioni che sono sorte nel corso del rapporto, acquistando in questo modo se non il diritto, una definitiva supremazia fattuale di addebitare il conto del cliente. Nella società contemporanea, si è dunque assistito al moltiplicarsi ed all'ampliamento della circolazione di unità monetarie e ad una significativa riduzione di pezzi monetari e contestualmente si è ampliata la detenzione di unità monetarie ideali che trova la propria espressione nella moneta scritturale, piuttosto che nella rischiosa antieconomica ed antistorica forma della detenzione dei pezzi monetari.

La carta moneta, in altre parole, si trova in crescente grande affanno a svolgere con ragionevole sicurezza ed efficienza la funzione di circolazione ed accettazione

⁵⁷DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit, p. 119ss

delle unità monetarie dello Stato. In un siffatto contesto attribuire al pagamento con moneta in contante un ruolo predominante ed addirittura esclusivo delle possibili modalità di estinzione del debito pecuniario, risulta oltre che concettualmente errato anche irrealistico ed antistorico, considerata la assoluta marginalità e limitatezza della circolazione monetaria attraverso banconote rispetto a quella realizzata con altri mezzi di pagamento non costituiti da banconote.

Le previsioni di carattere legale, consuetudinarie, e le ormai più che prevalenti esigenze di efficienza, sicurezza, rapidità della circolazione ed attribuzione della liquidità monetaria, hanno reso la moneta contante del tutto inutilizzabile in un crescente numero di contesti, con definitiva sostituzione della circolazione del contante con atti di disposizione ed attribuzione delle unità monetarie. Esse si realizzano per lo più sotto forma di cessione del credito verso intermediari bancari che, al termine dell'operazione di trasferimento della somma di danaro, ne riconoscono il pieno diritto di disposizione al creditore quale destinatario del pagamento.

Da un punto di vista strettamente economico la definizione di moneta e di offerta di moneta e cioè della quantità di moneta a disposizione degli operatori di un certo sistema economico, non è unitaria bensì distinta a seconda delle diverse forme di moneta con caratteristiche differenti.

In particolare, gli economisti sono soliti raggruppare la moneta in aggregati monetari caratterizzati da un grado decrescente di liquidità. Questi aggregati vengono normalmente indicati con le sigle, M1, M2, M3, M0. M1, comprende monete, banconote più depositi bancari a vista e costituisce l'aggregato più liquido, vale a dire attività monetarie immediatamente spendibili e disponibili; M2, comprende attività meno liquide quali depositi a risparmio a breve; M3, comprende attività finanziarie meno liquide, quali le operazioni di pronto contro termini, le obbligazioni ed i titoli del mercato monetario; M0, comprende invece la sola moneta metallica o cartacea emessa detenuta dai privati o dalle banche.

2. Ipotesi normativamente previste di adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante il ricorso a strumenti alternativi al denaro contante.

Il punto di partenza più significativo e che sarà oggetto di un'analisi più attenta nel paragrafo successivo, per la revisione del concetto di denaro è rappresentato dalla normativa antiriciclaggio dal 1991, l. 5 luglio 1991, n. 197.

Con l'articolo di quella legge fu precluso il pagamento in contanti al di sopra di un certo ammontare, dal 2002 fissato nella somma di € 12.500; deve poi precisarsi che con l'articolo 64 del d lgs 231 del 2007 (“attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo”), la disposizione del 1991 è stata modificata e si è stabilito l'abbassamento della soglia a 5000 euro.

La soglia dei 5000 euro è stata peraltro rivista con l'art 32 del d.l. 25 giugno 2008 convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 con cui è stato ripristinato il valore originario dei 12.500 .

Negli ultimi due anni il legislatore è intervenuto nuovamente sulla soglia di tracciabilità dei pagamenti: a partire dal 31 maggio 2010, infatti il DL 78 del 2010 con l'articolo 20 ha riportato il valore a 5000 euro; cifra poi ridotta a 2500 euro dall'articolo del dl 138 del 2011 ed infine limite abbassato a mille euro dall'articolo 12 del Dl 201 del 2011 a partire del 6 dicembre 2011.

Si deve inoltre considerare che il riconoscimento di valore solutorio ai mezzi di pagamento diversi dal denaro è confermato dal D. lgs. 231 del 2007, dal momento che all'articolo 1 si elencano tra i mezzi di pagamento “ il denaro contante, gli assegni bancari e postali, gli assegni circolari e gli altri assegni assimilabili o equiparabili, i vaglia postali, gli ordini di accredito o di pagamento, le carte di credito o le altre carte di pagamento, le polizze assicurative trasferibili, le polizze di pegno e ogni altro strumento a disposizione che permetta di trasferire, movimentare o acquisire, anche per via telematica, fondi, valori o disponibilità finanziarie”.

La stessa portata innovativa è rinvenibile nella disposizione dell'articolo 35 comma 12 del d.l. 233 del 2006 convertito nella legge 248 del 2006, ove era previsto che i professionisti potessero percepire compensi esclusivamente mediante assegni non trasferibili o bonifici ovvero altre modalità di pagamento bancario o postale nonché mediante sistemi di pagamento elettronico in tutte le ipotesi in cui l'importo superi i 1000 euro: disposizione che però è stata abrogata dall'articolo 32 della legge 6 agosto 2008 n. 133.

In ogni caso dalla stratificazione legislativa sopra richiamata, emerge una definizione di denaro che per espressa volontà di legge prescinde da ogni rapporto fisico.

Nell'ambito della compravendita di beni immobili, l'art. 35, comma 22°, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 "*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*"⁵⁸, successivamente convertito nella L. 4 agosto 2006, n. 248 (42), dispone che all'atto di cessione dell'immobile le parti hanno l'obbligo di rendere apposita dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà recante l'indicazione analitica delle *modalità di pagamento* del corrispettivo. Per il notaio è quindi imposto l'obbligo di indicare nell'atto di compravendita tutti i mezzi utilizzati per il pagamento del prezzo.

Da quanto detto si delinea la necessità di riconsiderare il bene denaro e conseguentemente il rapporto obbligatorio che abbia questo ad oggetto.

In altri termini, muta la tradizionale lettura della relazione di appartenenza tra il soggetto-detentore e il denaro stesso: tale rapporto non deve essere più letta infatti nei termini classici di diritto di proprietà su un bene; le premesse sopra richiamate inducono a rappresentare la relazione nelle forme di una proprietà di un bene immateriale .

Non è mancato in dottrina chi ha sottolineato che chi ha il denaro in realtà dispone di un puro potere d'acquisto: intorno al concetto di denaro, si costruisce un nuovo concetto di appartenenza inteso come “estrinsecazione fenomenologica della moneta”⁵⁹

⁵⁸Publicato in *Gazzetta Ufficiale* del 4 luglio 2006, n. 153.

⁵⁹Così LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, 2003, 19ss.

Secondo tale impostazione, il richiamo al diritto di proprietà sia se lo si considera come bene tangibile sia se lo si associa ad un bene intangibile, finisce per apparire inadeguato, in considerazione della sua inidoneità intrinseca a costituire oggetto di quel diritto.⁶⁰

alla luce delle sopra ricordate disposizioni normative. sembra essere chiara la necessità di rivedere anche il significato dell'appartenenza del denaro e della sua stessa disposizione in funzione estintiva.

Dà evidenza della maturazione di un fenomeno di questo tipo, l'articolo 86 del progetto Gandolfi in cui si legge che i debiti pecuniari sono estinti “à *travers les moyens en usage dans la pratique* “⁶¹ .

I redattori di questo testo, che si propone l'ambizioso obiettivo di arrivare ad una disciplina comune europea frutto di una mediazione tra il modello francese e quello tedesco, hanno ritenuto di lasciare espressamente un margine per l'adattamento della nozione di denaro a seconda del mezzo (contante, assegno o varie forme di moneta scritturale) che volta per volta nella prassi sia individuato come mezzo meglio rispondente alle esigenze caso per caso.

l'utilizzo del denaro contante è marginalizzato soltanto per le spese di piccolo conto e che la nozione generale di denaro è in b Siffatta evoluzione legislativa di riconsiderare la portata del principio nominalistico, alla luce del mutare dei tempi e delle modalità con cui avvengono ogni giorno gli spostamenti di somme di danaro. I divieti di utilizzo di danaro contante imposti dal legislatore, con correlativo obbligo (e non facoltà) del creditore di opporre un rifiuto a tale modalità di pagamento, conducono ad affermare che la portata pratica del principio nominalistico sia ormai limitata al circoscritto ambito delle transazioni aventi ad oggetto esigue somme di danaro. Non ci pare quindi più possibile escludere dal novero dei mezzi liberatori delle obbligazioni pecuniarie, gli altri strumenti di pagamento alternativi alla moneta. In un'epoca in cui il danaro contante sembra progressivamente destinato a scomparire dal panorama della

⁶⁰Per dirla con DALLA MASSARA, *obbligazioni pecuniarie*, cit, p. 118 “ il denaro cesserebbe di essere *Eigentumsobject* e il titolare della somma, pagando, disporrebbe- piuttosto che di un bene- delle funzioni espresse dal denaro, così attribuendole ad un altro soggetto”

⁶¹Si veda GANDOLFI, *la rivalutazione dei crediti pecuniari (nella prospettiva di una codificazione europea)* , Milano, 1998 p.429 .

circolazione monetaria, ci sembra opportuno che tali mezzi alternativi alla moneta assumano la valenza di modalità di pagamento liberatori per il debitore pecuniario.

In considerazione della molteplicità degli strumenti di pagamenti alternativi al denaro contante, in dottrina si è provveduto ⁶² ad esaminare i vari schemi in funzione della : a) generalità del loro impiego; b) modalità del loro operare.

Per quello concerne le modalità di impiego da un punto di vista descrittivo, si può considerare una tripartizione. Si possono delineare infatti mezzi:

1) ad utilizzazione unilaterale generalizzata, quali l'assegno bancario, l'assegno postale, l'assegno circolare ed il vaglia postale. Tali ipotesi costituiscono una determinata specie di moneta scritturale che si concretizza mediante l'esclusiva iniziativa del debitore;

2) ad utilizzazione unilaterale circoscritta, quale il giroconto che pur attuandosi su esclusiva iniziativa del soggetto che intende effettuare il pagamento, può avere come destinatario soltanto un soggetto che sia già titolare di un conto, ulteriore ipotesi è quella del pagamento tramite l'intermediario abilitato;

3) ad utilizzazione concordata: è il caso del POS e della carta di credito per la utilizzazione dei quali è necessario un preventivo accordo tra gli interessati, dal quale consegue non solo la possibilità di utilizzare tali strumenti ma la preventiva ed acclarata disponibilità di chi deve ricevere la moneta scritturale;

Per gli schemi sommariamente elencati al punto 1 e 2 (con esclusione del pagamento tramite intermediari) la questione centrale è quella di verificare se la unilateralità dell'uso implichi o meno il potere di imporre la moneta scritturale a chi la riceva senza avere preventivamente manifestato la sua disponibilità. Per il pagamento tramite intermediari tale problema non si pone, dal momento che in tale ipotesi l'uso della moneta scritturale assume carattere obbligatorio. Nella formulazione originaria della legge 197 del 1991, l'obbligatorietà dell'uso di tale moneta, conseguenza del divieto di porre in essere pagamenti mediante denaro contante, l'art 5 fa discendere esclusivamente una sanzione di tipo amministrativo, senza che tale condotta profili alcuna conseguenza dal punto di vista civilistico ⁶³

⁶²SANGIORGI, *Il pagamento a mezzo della moneta scritturale*, Torino p.72, 1993

⁶³Diversa è più complessa come è stato sottolineato in dottrina, SANGIORGI pag. 73 è la questione

Ulteriori distinzioni operate dalla dottrina, fanno riferimento alla forma che assume l'atto attraverso il quale si utilizza il credito disponibile:

1) si incorpori in un titolo di credito, è l'ipotesi dell'assegno bancario, postale o circolare;

2) richieda un diverso atto negoziale, in questa categoria si inseriscono il vaglia postale, il pagamento tramite intermediari, giroconto, il pos e la carta di credito.

Per quanto concerne le modalità attraverso cui tale clausola viene ad operare, in una ulteriore prospettiva si deve prendere in considerazione il diverso grado di convertibilità della moneta a seconda che il credito disponibile acquisisca una destinazione esclusiva a favore del solo destinatario è il caso ad esempio dell'assegno circolare oppure che la convertibilità sia condizionata dalle iniziative dell'utilizzatore come avviene per la carta di credito.

Un'ultima classificazione che si focalizza anch'essa sulla convertibilità, distingue tra quella diretta, che può conseguentemente essere richiesta dal destinatario della moneta scritturale, o mediata da un preesistente rapporto intercorrente tra banca e destinatario.

Queste distinzioni sono particolarmente importanti dal momento in cui si deve considerare la disciplina della moneta scritturale vista nella sua funzione solutoria e nella prospettiva della rifiutabilità da parte del creditore.

3. Ipotesi normativamente previste di adempimento mediante strumenti alternativi (segue) l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria ai sensi dell'articolo 1 della legge 197 del 1991 e successive modifiche.

Tutto quanto appena osservato relativamente ai principi di diritto comune che disciplinano l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, deve trovare

da trattare per il caso in cui le parti abbiano inserito una clausola che rende obbligatorio il pagamento in contanti vietato dalla legge

coordinamento con quanto previsto dal d.l. 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, nella l. 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*"⁶⁴. Tale testo di legge disciplina le modalità di adempimento delle obbligazioni pecuniarie quando l'importo dovuto dal debitore al creditore è superiore ad un determinato limite fissato in origine in lire venti milioni e che, a seguito della introduzione di modifiche legislative seguite alla conversione lira-euro, è stato innalzato in dodicimilacinquecento euro⁶⁵.

E' noto che tale provvedimento⁶⁶ è stato emanato con il precipuo obiettivo di politica economica e criminale di contrastare il fenomeno del riciclaggio di danaro proveniente dall'esercizio di attività illecite, con il fine di impedire che la ricchezza monetaria di siffatta provenienza contribuisca a produrre nuova ricchezza. Tale finalità viene perseguita attraverso una forma di controllo che si sviluppa non sull'oggetto del trasferimento (banconote, titoli al portatore, ecc.) bensì sui soggetti protagonisti delle operazioni di trasferimento di danaro. Al debitore infatti è imposto di servirsi di un intermediario, il quale ricevuto la somma e accettato l'incarico, la mette a disposizione del creditore, al quale il debitore ha comunicato nel frattempo l'accordo con l'intermediario⁶⁷. Diversamente dalle regole generali stabilite dall'articolo 1182 comma 3, che caratterizzano il luogo dell'adempimento, secondo le quali i debiti pecuniari vanno pagati nel domicilio del creditore, la legge 197 del 1991 sancisce che per ottenere il pagamento deve recarsi presso lo sportello dell'intermediario incaricato.

⁶⁴ Pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* del 6 luglio 1991 n. 157.

⁶⁵ L'originario importo di lire venti milioni è stato elevato ad opera dell'art. 1, d.m. 17 ottobre 2002, "*Elevazione della soglia di esenzione in materia di adempimenti anti riciclaggio, di rilevazione ai fini fiscali di taluni trasferimenti da e per l'estero di denaro, titoli ed in materia di commercio di oro*".

⁶⁶ Per una approfondita disamina di tale provvedimento, v. INZITARI, *Adempimento delle obbligazioni pecuniarie e disciplina antiriciclaggio*, in *Contr. e impr.*, 1993 e ora in *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006, 571 ss.; ID., *L'antiriciclaggio*, in *Nuove leggi civ.*, 1993, 965 ss.; RAZZANTE, *La normativa antiriciclaggio in Italia*, Torino, 1999, 18; MASI, *Prime note sullalegge "antiriciclaggio"*, in *questa Rivista*, 1992, I, 138 ss.; SICCHIERO, *Adempimento delle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*, Padova, 1992, 139 ss.; BARBIERA-CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, Milano, 1991, 85

⁶⁷ Cfr art. 1 legge 197 del 1991;

Si è sottolineato⁶⁸ come “l'obbligazione *portable* di denaro subisce una deroga: non si configura infatti un obbligo dell'intermediario di pagare la somma presso il domicilio del creditore, ma soltanto quello di metterlo a disposizione di quest'ultimo (destinatario del trasferimento) nella provincia del proprio domicilio...l'obbligazione viene scolorita secondo un criterio di portabilità meramente geografica e non più imperniata né sul luogo del domicilio del debitore, né tantomeno nel luogo in cui è sorta l'obbligazione cioè, secondo i criteri tradizionali di diritto comune dell'art. 1183 c.c., bensì, piuttosto, in un luogo presumibilmente di facile accessibilità per il creditore, vale a dire all'interno della provincia in cui il creditore ha il proprio domicilio, presso una delle diverse sedi presso un luogo dell'intermediario finanziario stesso”.

La sopra ricordata legge prevede, inoltre, un'ulteriore modificazione delle regole generali sull'adempimento poiché, nel prescrivere determinate modalità per i pagamenti in contanti superiori ai venti milioni, introduce un meccanismo che non sembra essere riconducibile alle regole tradizionali: l'effetto più evidente è la separazione tra l'esecuzione della prestazione richiesta dalla legge al debitore ed il soddisfacimento del creditore.

E' stato evidenziato⁶⁹ come il problema suggerisce una riflessione sul momento solutorio in particolare sul momento della liberazione del debitore, al fine di verificare se le modalità di trasferimento del contante- previste nella legge speciale- per un valore superiore a venti milioni realizzino una fattispecie atipica o se, invece, la procedura di pagamento possa essere considerata omogenea al sistema.

Conseguentemente devono essere presi in considerazione due aspetti, che appaiono particolarmente significativi: da un lato la *ratio* della legge e la sua effettiva incidenza pratica; dall'altro, il procedimento tecnico attraverso il quale il pagamento si realizza e i diversi aspetti della disciplina civilistica dell'adempimento che la norma antiriciclaggio sembra investire.

⁶⁸ Inzitari, *Adempimento dell'obbligazione pecuniaria e disciplina antiriciclaggio*, in *Cont. E Impr.*, 1993 p. 938.

⁶⁹ CARIMINI, *La liberazione dal debito nelle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*, Napoli, 2000, p. 23;

Per quanto concerne la *ratio* della legge 197 del 1991, è possibile affermare che il legislatore attraverso una serie di disposizioni ha inteso prevenire ed eliminare il riciclaggio del denaro sporco, frutto di attività illecite e comunque in contrasto con l'ordinamento giuridico.

E' stato osservato che lo scopo non è quello di reprimere il singolo reato, ma soprattutto quello di controllare le operazioni che potrebbero consentire la custodia e l'incremento dei capitali provenienti da attività illecite con il risultato di incidere non su microsistemi ma su macrosistemi.⁷⁰

In quest'ottica la direttiva comunitaria 91/308 del 10 giugno 1991⁷¹ rappresenta un momento importante a testimonianza di un lavoro anche transnazionale per la lotta alla criminalità organizzata. I destinatari di tale direttiva sono le istituzioni creditizie e finanziarie a cui vengono imposti obblighi di informazione alle autorità di sorveglianza e di polizia, con lo scopo di accertare un'attività di riciclaggio prima che la stessa si concluda.

In coerenza con lo strumento della direttiva, il legislatore comunitario non impone agli stati membri alcun comportamento rigidamente prefissato, ma lascia agli stessi grande flessibilità nel raggiungimento degli obiettivi preposti.⁷²

La direttiva sopra citata non dà una definizione specifica della nozione di riciclaggio e gli obblighi informativi si risolvono principalmente nell'identificazione della clientela, nella segnalazione di operazioni sospette e nell'instaurazione di apposite procedure di controllo.

La legge 197 del 1991 ha disciplinato la materia in modo fondamentale analogo rispetto alla direttiva medesima, predisponendo un impianto normativo volto ad evitare che siano utilizzati canali quali il sistema finanziario. In questa direzione il diritto alla riservatezza del cliente subisce nel disposto legislativo un affievolimento giustificato dalla necessità di realizzare un interesse superiore, vale a dire il contrasto alla criminalità organizzata, di cui lo stato è promotore e

⁷⁰INZITARI, *Limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore*, in NLCC, 1993, P.967

⁷¹ Per un suo commento organico si rinvia a SALAZAR, *Riciclaggio del capitali: direttiva comunitaria e legislazione italiana*, in *Foro it.*, 1991, IV, c 462

⁷²E.U. SAVONA, *Luci ed ombre di un esperimento regionale. La direttiva antiriciclaggio dell'unione europea*, in *il riciclaggio di denaro nella legislazione civile e penale*, sottolinea che il fine della direttiva non è quello di creare una situazione di completa uniformità rispetto in relazione al trattamento del riciclaggio a livello nazionale, bensì solo quello di fissare un obiettivo comunque raggiungibile anche con strumento diversi in ogni singolo stato membro.

garante.⁷³ In altri termini il contemperamento delle esigenze di riservatezza e quello della trasparenza delle operazioni finanziarie viene risolto in favore della seconda, nella misura in cui tale esigenza è funzionalizzata alla repressione di reati con altissima manifestazione di pericolosità sociale.

3.1 (segue) L'art 1 della legge 197 del 1991 e suo rinvio all'art. 1277 : la liberazione del debitore

IL comma 1 ter dell'art. 1 della legge 197 del 1991⁷⁴ prevede che la comunicazione dell'accettazione da parte del debitore al creditore, di cui al comma 1bis, produce l'effetto di cui al primo comma dell'art. 1277 e , nel caso di mora del creditore anche gli effetti previsti dall'articolo 1210 c.c.

Tale principio profondamente innovativo, pone il problema se l'accettazione dell'incarico da parte dell'intermediario di trasferire la somma di denaro, produce l'effetto liberatorio di cui al 1277 c.c., nel momento in cui la dichiarazione giunge a conoscenza del destinatario secondo quanto previsto dall'articolo 1335 c.c.

Tale passaggio infatti presenta non poche difficoltà di coordinamento e di organizzazione della disciplina in esame con le norme di diritto comune.⁷⁵

Innanzitutto la dottrina si è concentrata sul ruolo rivestita da tale comunicazione e particolarmente se essa sia o meno indispensabile o comunque rilevante ai fini della liberazione del debitore che ha affidato all'intermediario finanziario il

⁷³ Si veda COMPORI, *Identificazione della clientela, segnalazione di operazioni sospette di riciclaggio e tutela della riservatezza* p. 400 ss. L'autore sottolinea che l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette supera l'obbligo del segreto bancario, in quanto il conflitto tra l'esigenza della clientela alla riservatezza e l'esigenza dell'ordinamento di tutelare l'integrità dei mercati finanziari da ogni forma di coinvolgimento in operazioni che originano da attività criminose, si risolve con la prevalenza di quest'ultima esigenza, connesse alle medesime ragioni di interesse pubblico che stanno alla base dell'attività di repressione dei delitti.

⁷⁴ 1 ter “ *la comunicazione da parte del debitore al creditore dell'accettazione di cui al comma 1 bis produce l'effetto di cui al primo comma dell'articolo 1277 del codice civile e, nei casi di mora del creditore, anche gli effetti del deposito dall'articolo 1210 dello stesso codice*”

⁷⁵ E' stato sottolineato INZITARI, in NLCC , 1993 p.981 , *Limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore*, che tale passaggio comporta rilevanti difficoltà di coordinamento e di organizzazione della disciplina in esame con le norme di diritto comune.

compito di trasmettere al creditore una somma superiore all'importo previsto dall'articolo 1.

A questo riguardo va rilevato che, in tutti i casi in cui il creditore abbia effettivamente ricevuto e preso in consegna la somma di denaro dall'intermediario abilitato, il debito pecuniario non può che considerarsi estinto, indipendentemente dal fatto che siano state effettuate comunicazioni di qualsiasi natura da parte del debitore *solvens*.

Il creditore può essere venuto a conoscenza dell'incarico impartito all'intermediario attraverso le vie più diverse: un avviso effettuato dall'intermediario, in maniera autonoma o meno, che lo avverte che in virtù dell'incarico assegnatogli dal debitore *solvens*, era a disposizione per il ritiro di una somma di denaro in contanti presso un luogo sito nella provincia in cui lo stesso creditore *accipiens* aveva il proprio domicilio: in questo caso la materiale apprensione da parte dell'intermediario finanziario non può che comportare la liberazione del creditore secondo le regole di diritto comune.

Il problema si pone nel caso in cui venga effettuata la comunicazione da parte del debitore dell'affidamento dell'incarico all'intermediario, del significato da attribuire all'espressione che la comunicazione produce gli effetti di cui all'articolo 1277.

Da un lato in base ad una interpretazione letterale, sostenuta in dottrina,⁷⁶ la semplice comunicazione dell'avvenuto affidamento dell'incarico all'intermediario abilitato produrrebbe l'effetto di estinguere l'obbligazione pecuniaria e di liberare il debitore. E ciò indipendentemente non soltanto dalla effettiva soddisfazione del credito e, quindi, dalla apprensione della somma di denaro da parte del creditore, ma addirittura a prescindere dal fatto che il trasferimento sia andato a buon fine, cioè l'intermediario finanziario abbia messo a disposizione del destinatario la somma di denaro nella provincia in cui il creditore ha il suo domicilio.

⁷⁶SICCHIERO, *Adempimento delle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*, p. 139 ss, Padova 1992 che sottolinea come il rischio del mancato pagamento non gravi più sul debitore bensì sul creditore, ad esempio, in caso di insolvenza dell'intermediari.

Altra parte della dottrina⁷⁷ a mio modo di vedere in modo condivisibile, sottolinea come sia importante soffermarsi su cosa si debba intendere per comunicazione, in quale forma debba essere fatta ed il contenuto che deve avere.

Per quanto concerne il primo aspetto, non sembra che si possa dedurre un particolare onere formale : non vi sono dubbi sul fatto che il debitore che pretenda di ottenere l'effetto liberatorio e l'estinzione dell'obbligazione pecuniaria, dovrà provare di avere fatto tale comunicazione e che la medesima sia giunta all'indirizzo del destinatario.

Avuto riguardo al contenuto, non basterà comunicare di avere affidato la somma di denaro all'intermediario finanziario perché proceda al trasferimento, ma dovrà fornire tutti i dati occorrenti per mettere il creditore in grado di esigere dall'intermediario finanziario il pagamento della somma di denaro nel modo più tempestivo.⁷⁸

Ulteriore problema da analizzare è verificare su quello soggetto gravi il rischio di insolvenza dell'intermediario finanziario⁷⁹

Tale ipotesi è infatti difficilmente riconducibile a figure tipiche riconosciute. Quel che è certo è che essa contribuisce a realizzare una fattispecie di pagamento con effetti liberatori per il debitore, senza che il creditore ottenga in termini reali la disponibilità della somma. Ma alla liberazione del debitore non corrisponde la estinzione del diritto del creditore che presupporrebbe la disponibilità della somma. Questo diritto muta invece di direzione nei confronti dell'intermediario e può essere definito come diritto di vedere riconosciuto il pagamento nella provincia del proprio domicilio. Trova in questa disciplina un'intuizione espressa

⁷⁷INZITARI , op.ult, cit p. 982,

⁷⁸A tal proposito INZITARI ,op. ult. cit p. 982 sottolinea come “ grava sul debitore che pone in essere tale comunicazione un onere di informazione e di collaborazione in conformità ai principi generali di buona fede e correttezza . Questo consiste nel dovere indicare l'esatto ammontare della somma, il nome dell'intermediario abilitato al quale essa è stata affidata, la data in cui l'intermediario ha accettato di effettuare il trasferimento e , logicamente, il luogo presso il quale, secondo quanto previsto dal comma 1 bis, il creditore potrà pretendere il pagamento”.

⁷⁹Secondo DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, torino, 1996, p.273 non vi sarebbero dubbi in ordine al fatto che il rischio gravi sul creditore ed il debitore sarebbe liberato per effetto della disposizione impartita all'intermediario.

da Rosario Niccolo⁸⁰ secondo cui non vi è necessariamente simmetria tra attuazione del contenuto dell'obbligo e realizzazione del diritto del creditore.

Tale vicenda, vale a dire l'uscita di scena del debitore ed il sub ingresso di un altro soggetto, può essere ricondotto nei termini di una novazione del primitivo rapporto, con la specificità che siamo di fronte ad una ipotesi di “novazione ex lege”⁸¹ e caratterizzata dal fatto che il debitore ha attuato il suo obbligo. E' un dato noto che nel nostro codice, la novazione soggettiva non designa una fattispecie tipica ma un effetto che può essere ottenuto con modalità differenti e attraverso diverse fattispecie: quella prevista dalla legge 197 del 1991 sarebbe un' applicazione di tale regola.

Con tale riforma, la legge ha previsto una fattispecie di pagamento in cui si presenta istituzionalizzata la figura dell'intermediario , cioè di quel soggetto stabilmente inserito nel circuito dei pagamenti. Da tale quadro emerge una forma di pagamento liberatorio che implica il superamento della concezione reale, vale a dire quella forma di pagamento, imperniata sulla *traditio* di denaro dal debitore al creditore.

4. Deroche pattizie alla previsione di cui all'articolo 1277.

L'attività di adempimento della obbligazione pecuniaria, richiede al debitore ed al creditore un comportamento di contenuto idoneo a far realizzare la attribuzione delle unità monetarie a favore del creditore ed a far conseguire al debitore la liberazione dal debito. Si tratta di una attività che deve essere realizzata attraverso l'esecuzione di atti strettamente connessi alla natura del rapporto e alle specifiche circostanze in cui il rapporto obbligatorio si muove e si realizza.

Del resto anche una superficiale ricognizione della realtà dei rapporti obbligatori fa emergere che alla realizzazione di ogni atto di pagamento sovrintende un reticolo di regole di fonte legale o convenzionale non sempre espresse ma

⁸⁰NICCOLO', VOCE *Adempimento*, in enc. del. Dir. , Milano, 1957

⁸¹DI MAJO, *obbligazioni pecuniarie*. Torino 1996 p. 275

deducibili dalle prassi instaurate dalle parti o comunque proprie dello specifico settore di mercato in cui il rapporto contrattuale è immerso: regole che comunque formate stabiliscono il tipo di mezzo di pagamento e le modalità con cui esso deve avvenire.

Accanto ad ipotesi in cui è la legge a rendere obbligatorio l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria con strumenti diversi rispetto al denaro contante, esigenze di sicurezza e rapidità delle pratiche commerciali, hanno fatto nascere strumenti negoziali che completano quel fenomeno di marginalizzazione dell'uso dei pezzi monetari.

Basti pensare alla estesissima domiciliazione dei pagamenti presso la banca, attuata con indicazione del conto corrente idoneo a ricevere il bonifico, alle diverse forme di conferimento di mandato all'incasso alla banca mediante la emissione di ricevute bancarie⁸², alla consegna diretta o per posta di assegni circolari al creditore per tutti i pagamenti il cui importo sconsiglia la movimentazione del contante, alle pratiche sempre più diffuse e standardizzate di pagamento di servizi commerciali attraverso le varie forme di moneta di plastica (carta di credito, bancomat, carte prepagate, carte di fidelizzazione e di addebito, ecc.), che spesso per scelta del commerciante vengono stabilite contrattualmente come unica forma di pagamento accettata.

L'utilizzazione delle carte di credito o delle carte di debito (bancomat o carte prepagate oppure delle varie carte di circuiti di fidelizzazione che consentono l'addebito sul conto), si è diffusa e si è sempre più ampiamente consolidata, proprio perché in grado di assicurare su vasta scala ed ormai globalmente in tutto il mondo una modalità di pagamento contrassegnata da una rapidità ed immediatezza pari all'uso del contante, anzi suscettibile di essere ancor più universale, in quanto la carta di credito non è vincolata alla valuta nazionale ma, grazie all'intermediazione del gestore del servizio, consente di realizzare pagamenti in tutte le valute. Il pagamento si realizza attraverso l'attivazione in forma del tutto standardizzata ed uniforme di annotazioni di addebito e di accredito sui conti correnti rispettivamente del debitore e del creditore.

⁸²Sulla pratica dell'incasso delle ricevute bancarie cfr. INZITARI, *L'incasso di ricevute bancarie da parte della banca nel corso del concordato preventivo*, in *Riv. dott. Comm.*, 1989.

L'operazione si svolge in concreto senza il materiale invio di documentazione cartacea: nel momento in cui il debitore paga un bene o un servizio dal terminale, solitamente collegato alla rete telefonica, viene avviata una comunicazione con il gestore del servizio per autorizzare presso la banca del cliente il pagamento e cioè l'annotazione di accredito sul conto del creditore, del quale vengono comunicate le coordinate bancarie. La banca del debitore *solvens* effettua pertanto due operazioni contabili, rispettivamente di prelievo da un lato e di accredito sul conto del creditore dall'altro, calcolando altresì, la commissione per l'operazione. Le banche effettueranno poi le conseguenti operazioni di *clearing*, operazioni che in futuro verranno ad essere ulteriormente semplificate con l'attuazione (annunciata) di una nuova stanza di compensazione unica europea.

5. Il pagamento con strumenti alternativi in assenza di disposizioni normative e di accordo tra le parti: rifiutabilità ed individuazione del momento solutorio

Le considerazioni svolte, che trovano autorevole conferma nelle posizioni della giurisprudenza e della dottrina tedesca, portano a ritenere che l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, piuttosto che sottostare ad un rigido ed anacronistico criterio ancorato alla materiale consegna di moneta, debba necessariamente essere regolato da altri criteri che in conformità della volontà espressa o comunque deducibile in via interpretativa delle parti, sulla base della natura delle prestazioni e della stessa obbligazione pecuniaria, tenuto conto del suo ammontare, dei destinatari, delle esigenze di sicurezza e di efficienza della prestazione, come pure di conformità ai criteri spesso anche vincolanti di trasparenza e tracciabilità della circolazione del danaro rendono necessario l'adempimento attraverso strumenti di trasmissione delle unità monetarie diverse dalla circolazione del contante ed attuata quindi con bonifico, assegno circolare o altri strumenti.

L'individuazione dei mezzi di pagamento che il debitore potrà utilizzare è strettamente connesso ai diversi contesti contrattuali ed economici in cui versano

le parti anche con riferimento alla natura della prestazione e ad ogni altra rilevante circostanza.

Il problema che si pone e sarà sviluppato nel prossimo capitolo, è se, in mancanza di specifici accordi in ordine alle modalità di adempimento, sia necessario estinguere l'obbligazione pecuniaria con moneta contante. In altri termini si deve verificare se l'illegittimità della utilizzazione di mezzi alternativi di pagamento possa essere invocata nei solo nei casi in cui risulti, secondo le circostanze, adeguato alle esigenze della migliore efficienza della prestazione il pagamento in danaro contante, oppure l'adempimento con strumenti alternativi al danaro contante sia sempre rifiutabile.

Rispetto alla identificazione di quali in concreto possano risultare i mezzi alternativi di pagamento che il debitore può utilizzare, va osservato che anche nel nostro ordinamento al pari che per quello tedesco, il trasferimento di moneta scritturale attraverso bonifico bancario può realizzare efficienti modalità di attribuzione pecuniaria al creditore.

In relazione ai limiti ed alle difficoltà riscontrate per il trasferimento di somme di danaro attraverso l'accredito sul conto del creditore, il pagamento effettuato mediante consegna al creditore di assegno circolare per una somma pari all'importo dovuto, costituisce una modalità di adempimento idonea a consentire al creditore di raggiungere la disponibilità della somma di danaro in condizioni paragonabili alla acquisizione della somma mediante consegna di banconote. Va osservato che il pagamento mediante assegno circolare, ha il pregio di trovare attuazione al di fuori di un qualsiasi contatto con il patrimonio del creditore. Infatti all'eventuale versamento dell'assegno circolare può comunque essere incassato presso la banca emittente l'assegno stesso senza che il creditore disponga di un conto corrente (necessario al contrario per ricevere il bonifico bancario) come pure consente al creditore di evitare che il pagamento si realizzi con una operazione di accredito sul conto che il creditore per i più diversi motivi potrebbe avere interesse a non far risultare.

La utilizzazione dell'assegno circolare è del resto tipico dell'ordinamento italiano e al contrario è pressoché sconosciuta nella pratica dell'ordinamento tedesco

caratterizzato dalla movimentazione attraverso bonifico della moneta scritturale *Buchgeld*.⁸³

Non pare altresì costituire un ostacolo alla utilizzazione dell'assegno per l'estinzione del debito pecuniario il fatto che tale modalità di adempimento realizzi una *datio in solutum* o *pro solvendo*, in quanto i vantaggi che derivano dalla non utilizzazione delle banconote contanti sono ben superiori e comunque compensano quelli che eventualmente derivano dalla *datio pro solvendo* di un titolo di credito verso una banca, considerata la sicurezza della provvista che contraddistingue l'assegno circolare nel nostro sistema⁸⁴.

Altro aspetto che sarà oggetto di attenta analisi quando si analizzerà l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante la consegna di un assegno e mediante bancigiros, attiene all'individuazione del momento di liberazione del debitore che adempie con un mezzo alternativo di pagamento, dal momento che il creditore acquisisce effettivamente la disponibilità della somma a lui dovuta non coincide con quello in cui è effettuata l'operazione di pagamento. L'intervento nell'operazione di un terzo comporta infatti, solitamente, la variazione delle date di disponibilità secondo esigenze (non importa in questo caso valutare quanto giustificate), del terzo banca. Laddove ci sia un accordo, saranno le stesse parti del rapporto obbligatorio a regolare anche rigorosamente questi aspetti stabilendo, ad esempio, precisi termini entro i quali al creditore deve essere assicurata l'effettiva disponibilità della somma oppure entro i quali il debitore deve iniziare l'esecuzione dell'operazione di pagamento e perdere così la disponibilità della somma. Il problema si pone nelle ipotesi in cui le parti non abbiano stabilito nulla al riguardo.

D'altro lato è avvertita la necessità di emancipare l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria dalle obsolete ed anguste modalità della dazione materiale delle

⁸³ Si è sottolineato INZITARI *l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea*, cit, p. 138 'assegno circolare costituisce anch'esso una forma di moneta scritturale in quanto la somma di danaro portata dal titolo consente una circolazione del danaro attraverso un veicolo idoneo ad attribuire la somma pecuniaria al creditore, lasciando peraltro lo stesso creditore libero di decidere la finale destinazione della somma così ricevuta, se versarla sul conto bancario e su quale conto oppure incassare la somma presso la banca o girare a terzi l'assegno stesso (sempre che questo non sia stato emesso con la clausola di non trasferibilità).

⁸⁴ sul punto si rinvia a POGGI, *L'assegno circolare come mezzo di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 105

banconote emesse e delle monete coniate dallo Stato. La dazione dei pezzi monetari è infatti lontana da realizzare le esigenze di efficacia, sicurezza, rapidità e addirittura di legalità cui sia il creditore che il debitore debbono necessariamente attenersi per il corretto trasferimento delle unità monetaria. Anche sulla base dei generali principi di correttezza e ragionevolezza, spetta al creditore ed al debitore, il compito di individuare di comune accordo o conformemente alle pratiche solutorie del settore o comunque alle più diffuse e ragionevoli, le modalità attraverso cui realizzare l'operazione di pagamento. Essi, sulla base dei criteri che abbiamo ricordato, a seconda della natura delle obbligazioni, delle caratteristiche delle parti, del contesto di mercato, sono necessariamente tenuti ad utilizzare gli strumenti di trasferimento più idonei affinché il pagamento delle unità monetarie sia efficace e si consolidi nel patrimonio, del debitore attuando il comportamento solutorio più idoneo, secondo quel criterio di efficienza, sicurezza ed efficacia che abbiamo visto deve informare l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria.

La finalità cui tende l'adempimento pecuniario è l'attribuzione al creditore delle unità monetarie, senza che rilevi il fatto che la titolarità di esse sia riconducibile ad un rapporto di credito verso, ad esempio, la banca presso la quale le unità monetarie sono state accreditate.

Si tratta in altri termini di verificare se il debitore pecuniario pertanto adempie diligentemente ed esattamente la prestazione dovuta, quando sulla base di una corretta valutazione delle esigenze di sicurezza, di efficienza, di rapidità, di conformità alle pratiche di pagamento del settore o relative alla natura ed all'oggetto della prestazione, ricorre agli strumenti che sono più adeguati per soddisfare gli interessi del creditore,

Si tratta di applicare in modo moderno e funzionale la regola della diligenza richiesta in relazione alla natura e dimensione della obbligazione (art. 1176, comma 2° c.c.).

Per il debitore infatti scegliere di procedere al pagamento attraverso bonifico bancario, oppure assegno circolare non trasferibile oppure carta di credito o di debito, bonifico per via elettronica, vuol dire applicare gli *standard* di comportamento e le regole tecniche che, in considerazione della natura della prestazione delle circostanze del rapporto obbligatorio, della sicurezza, efficienza

e rapidità del trasferimento e realizzano in modo più adeguato l'interesse del creditore ad acquisire la titolarità e disponibilità delle unità ideali monetarie.

Capitolo 3

L'adempimento con strumenti alternativi in particolare: assegno e bancogiro

Sezione I

L'assegno circolare

1. Assegno circolare: inquadramento

L'assegno circolare è un titolo di credito all'ordine emesso da un istituto di autorizzato, avendo costituito un deposito cauzionale presso la Banca d'Italia⁸⁵, per un importo pari ad una somma disponibile al momento dell'emissione a nome del prenditore perché questi l'aveva previamente versata in contanti presso lo stesso istituto di credito o perché già depositata in un conto corrente.

Tale titolo di credito garantisce l'esistenza della somma di danaro per cui è emesso presso l'istituto di credito emittente, con conseguente possibilità di una azione diretta verso la banca emittente l'assegno circolare, direttamente obbligata per l'importo dell'assegno emesso.

L'emissione di assegni circolari è caratterizzata da due importanti elementi. Innanzitutto, tale emissione può avvenire solo da parte di una banca autorizzata la quale, ai sensi dell'art. 82 r.d. 21 dicembre 1933 n. 1736 e dell'art. 49 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, deve avere presso la Banca d'Italia un deposito cauzionale⁸⁶ a garanzia di tutti gli assegni circolari che emette; su tale cauzione, i

⁸⁵V. art. 49 del t.u.b. a mente del quale "1. La Banca d'Italia autorizza le banche alla emissione degli assegni circolari nonché di altri assegni a essi assimilabili o equiparabili. Il provvedimento di autorizzazione è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. 2. La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina la misura, la composizione e le modalità per il versamento della cauzione che le banche emittenti sono tenute a costituire presso la medesima Banca d'Italia a fronte della circolazione degli assegni indicati nel comma 1"

⁸⁶In ottemperanza a quanto previsto dall'art. 49 comma 2° del t.u.b., il CICR con delibera del 22 aprile 1995 ha disposto che "La Banca d'Italia determina la cauzione in misura non inferiore al 20% dell'importo degli assegni in circolazione. In presenza di sistemi di garanzia diversi rispetto

portatori degli assegni circolari hanno privilegio speciale qualora l'istituto di credito emittente sia eventualmente coinvolto in procedure concorsuali.

In secondo luogo, l'emissione di tali assegni è limitata a somme che siano disponibili presso la banca emittente a credito del soggetto che ha fatto la richiesta di emissione ed obbliga la banca promittente al pagamento nelle mani del possessore.

L'assegno circolare garantisce al legittimo portatore la provvista e quindi la sicurezza di conseguire la somma di danaro in esso indicata; si tratta quindi di un mezzo di pagamento particolarmente qualificato ben più sicuro dell'assegno bancario di conto corrente la cui capacità di soddisfare il creditore è direttamente dipendente dall'esistenza di fondi presso il conto corrente bancario del debitore.

L'assegno circolare è indiscutibilmente considerato di fatto, strumento alternativo alla moneta e, a differenza della cambiale, mezzo di pagamento⁸⁷. Non può non far riflettere la circostanza per cui l'autorizzazione emessa dalla Banca d'Italia per l'emissione di assegni circolari ad un istituto di credito, con correlativa pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, pur non potendosi considerare equivalente alla emissione che l'autorità monetaria (un tempo la Banca d'Italia, oggi la Banca Centrale Europea) fa della moneta, coinvolge la Banca d'Italia, che svolge la funzione di garante nell'emissione della moneta, quanto meno indirettamente.

Generalmente si afferma che l'assegno circolare non possa essere equiparato alla moneta in quanto la legge prevede una serie di limitazioni all'utilizzabilità di tale tipo di assegno, stabilendo che esso non può mai essere emesso al portatore oppure senza indicazione del prenditore, tuttavia si afferma anche che per l'assegno circolare non esiste una norma che ne impedisca l'equiparazione al

alla cauzione che offrano una tutela adeguata ai portatori di assegni la cauzione può essere ridotta. La cauzione può essere costituita esclusivamente in titoli. La Banca d'Italia determina la composizione della cauzione, avendo presente le tipologie di titoli che la Banca d'Italia accetta a garanzia delle anticipazioni e le caratteristiche di liquidità dei titoli stessi. La Banca d'Italia determina altresì i criteri di valutazione dei titoli depositati in garanzia, coerentemente con le regole vigenti in materia di anticipazioni. La cauzione è costituita presso la Banca d'Italia secondo le modalità dalla stessa indicate. Gli adeguamenti della cauzione devono essere effettuati nei modi e nei termini fissati dalla Banca d'Italia, e comunque sulla base di segnalazioni a cadenza temporale non superiore al trimestre".

⁸⁷GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, *I titoli di credito in generale*, Padova, 1990, 264-265; TEDESCHI, *Assegno bancario, assegno circolare e assegni speciali*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1988, 266; MOLLE, *I titoli di credito bancari*, Milano, 1972, 63; MICHELI-DE MARCHI, *Assegno*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 303; ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1951, 435

danaro così come invece esiste per la cambiale e per l'assegno bancario (rispettivamente, art. 66 l. 14 dicembre 1933, n. 1669 ed art. 58 r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736).

Sottolinea l'importanza della garanzia dell'esistenza della provvista presso la banca emittente anche la Corte di Cassazione⁸⁸ in una pronuncia nella quale (a prescindere dalla efficacia liberatoria del pagamento mediante assegno circolare e dalla questione relativa al luogo dell'adempimento dell'obbligazione) riprendendo alcuni precedenti⁸⁹ che avevano mutato il precedente orientamento giurisprudenziale ormai risalente al 1973⁹⁰, testualmente afferma che "*l'offerta di pagamento mediante assegno circolare deve ritenersi eseguito secondo gli usi, non sussistendo alcun pericolo di mancanza della provvista presso la banca obbligata al pagamento, in quanto gli istituti autorizzati ad emettere gli assegni circolari devono costituire per legge un'idonea cauzione a garanzia degli stessi*".

Per le caratteristiche sopra ricordate il pagamento effettuato mediante assegno circolare, è una modalità di adempimento dell'obbligazione pecuniaria che ha conosciuto un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza, alla luce della sua rifiutabilità e dell'efficacia solutoria della sua consegna. Nell'analisi di tale fattispecie si è contrapposto:

a) un orientamento che possiamo definire tradizionale, in forza del quale si è affermato che la *traditio* dell'assegno abbia la natura di prestazione in luogo dell'adempimento, con la conseguenza che secondo quanto previsto dall'articolo 1197 c.c. il consenso del creditore e l'esecuzione della diversa prestazione, risultano elementi imprescindibili;

⁸⁸Cfr. Cass., 28 luglio 1997, n. 7051. In questo senso, anche Giudice di pace di Pozzuoli, 26 giugno 2006, in *Giudice di pace*, 2006, 243 il quale ha affermato che l'assegno circolare, proprio per gli elementi che lo caratterizzano (emissione da parte di istituto bancario a ciò autorizzato che deve avere a sua volta effettuato deposito cauzionale presso la Banca d'Italia a garanzia di tutti gli assegni che emette; emissione limitata a somme disponibili presso la banca emittente ed obbligo della banca promittente al pagamento nelle mani del possessore), assicura al legittimo portatore di conseguire la riscossione delle somme in esso riportate. Egli quindi sostiene che "*il rifiuto da parte del creditore, nel caso di specie del suo procuratore a ciò abilitato, di ricevere un pagamento effettuato a mezzo di assegno circolare è contrario alle regole di correttezza che impongono al creditore di prestare la sua collaborazione nell'adempimento dell'obbligazione*"

⁸⁹Cfr. Cass., 23 agosto 1986, n. 5143; Cass., 13 gennaio 1982, n. 186; Cass. 9 febbraio 1979, n. 902.

⁹⁰Cass., 27 luglio 1973, n. 2200.

b) un orientamento innovativo che prendendo atto della sopra ricordata evoluzione che ha conosciuto la moneta e conseguentemente il pagamento, ha dedotto la liberazione del creditore che paga con assegno circolare anche in considerazione della “copertura” garantita, in virtù del fatto che tale titolo di credito viene emesso da un istituto bancario. In altri termini, la consegna di assegni circolari pur non equivalendo ad un vero e proprio adempimento, provocherebbe un effetto estintivo almeno nelle ipotesi in cui il rifiuto del creditore appaia contrario alle regole della correttezza che l'art. 1175 gli impone e per le quali, in particolare, egli è tenuto a collaborare con il creditore all'adempimento dell'obbligazione⁹¹.

2. Il pagamento mediante assegno circolare: come ipotesi di *datio in solutum*

Secondo l'orientamento tradizionale richiamato, largamente ricorrente nel panorama giurisprudenziale⁹² ed autorevolmente sostenuto da una dottrina risalente⁹³, l'adempimento di una obbligazione pecuniaria mediante

⁹¹Cass., 10 febbraio 1998, n. 1351, in *Foro it.*, 1998, I, 1914, con nota di LAMBO

⁹²Aderiscono a tale orientamento, Cass., 21 dicembre 2002, n. 18240; Cass., 1 dicembre 2000, n. 15396; Cass., 9 settembre 1998, n. 8927, in *Foro it.*, 1998, I, 2750; Cass., 3 aprile 1998, n. 3427; Cass., Cass., 3 febbraio 1995, n. 1326; Cass., 19 luglio 1993, n. 8013, in *Rass. Locazioni*, 1994, 57, con nota di DE TILLA; Cass., 6 luglio 1991, n. 7490; Trib. Milano, 5 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 720 con nota di SICCHIERO; Trib. Catania, 30 novembre 1987, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, 193; Cass., 8 gennaio 1987, n. 17; App. Catania, 31 gennaio 1984, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, II, 482; Cass., 5 gennaio 1981, n. 24, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 744; Cass., 3 luglio 1980, n. 4205, in *Foro it.*, 1980, I, 2113 con nota di PARDOLESI; *Banca, borsa e tit. cred.*, 1980, II, 393; in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 95, con nota di GARUTI; ed infine in *Giust. civ.*, 1980, I, 2690; Cass., 8 marzo, 1977, n. 950, in *Giur. comm.*, 1977, II, 458 ss.; Cass., 14 aprile 1975, n. 1412, in *Giust. civ.*, 1976, I, 765 con nota di GIACOBBE; Cass., 29 luglio 1974, n. 2113; Cass., 27 luglio 1973, n. 2200; Cass., 11 aprile 1961, n. 733, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1961, II, 508 ss.; Cass., 21 febbraio 1961, n. 378; Cass., 27 aprile 1960, n. 928, in *Foro it.*, 1960, I, 749; Cass., 25 novembre 1959, n. 3275, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1960, II, 355 ss.; Cass., 21 giugno 1958, n. 2190, in *Giust. civ.*, 1959, I, 165 ss. con nota di GIACOBBE; Cass., 31 gennaio 1954, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1954, II, 182.

⁹³Cfr. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, (artt. 1277-1284), in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1960, 61 ss. il quale esclude efficacia liberatoria al pagamento effettuato mediante assegni bancari e circolari affermando che "questo principio non risulta solamente dalla costante esclusione di detti titoli dalle definizioni di pezzi monetari (...) e dalla circostanza che il creditore non è tenuto ad accettare un pagamento in assegni, ma dal costante insegnamento che non ravvisa

corresponsione di un assegno circolare integra gli estremi della fattispecie giuridica della prestazione in luogo dell'adempimento, conosciuta anche come *datio in solutum*, che trova la propria disciplina nell'art. 1197 c.c. Il debitore non potrebbe quindi liberarsi, eseguendo una prestazione diversa da quella dedotta in obbligazione, pur essendo questa di valore uguale oppure finanche maggiore, salvo che il creditore vi consenta. Una volta che il creditore ha espresso il proprio consenso, l'estinzione dell'obbligazione mediante una diversa prestazione si realizzerebbe quando tale prestazione è eseguita.

La previsione della necessità del consenso del creditore è frutto dell'applicazione del più generale principio civilistico secondo il quale l'adempimento, che consiste nell'esecuzione della prestazione dovuta dalla quale consegue l'estinzione dell'obbligazione e quindi la definitiva liberazione del debitore dal vincolo obbligatorio che lo lega al creditore, deve intendersi quale esatto adempimento nel senso di prestazione esattamente eseguita tanto nella sua quantità e che nella sua qualità-identità. Riconoscere al pagamento mediante assegni circolari efficacia solutoria dell'obbligazione pecuniaria si pone, per tale orientamento, in contrasto con diversi principi di diritto comune che governano la disciplina dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

In primo luogo, l'invio di un assegno circolare in luogo della somma di danaro contante viola il principio nominalistico di cui all'art. 1277 c.c., a mente del quale le obbligazioni pecuniarie si estinguono con "*moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale*"; in secondo luogo, tale modalità di esecuzione della prestazione viola quanto disposto dall'art. 1182, comma 3°, c.c. in quanto la concreta riscossione della somma indicata nel titolo ha luogo presso la sede dell'istituto bancario e non presso il domicilio del creditore⁹⁴; infine, l'invio di un assegno circolare in luogo del danaro contante,

nella dazione di una cambiale, o di un assegno bancario o circolare, un pagamento del debito di danaro, ma domandandosi poi se essa costituisca una datio pro soluto o pro solvendo ed accogliendo in via presuntiva quest'ultima soluzione"

⁹⁴Cfr. Trib. Milano, 5 ottobre 1989 (nt. 2), 720 in cui è stato statuito che "*In mancanza di diversa pattuizione, il semplice invio dell'assegno al domicilio del creditore non costituisce adempimento dell'obbligazione pecuniaria. Qualora non risulti la diversa volontà delle parti, in presenza di clausola contrattuale con cui si prevede il rimborso di una somma mediante assegno circolare emesso all'ordine del creditore, il luogo dell'adempimento dell'obbligazione è nel domicilio del creditore*".

contravverrebbe anche alla disposizione di cui all'art. 1197 c.c. dando luogo ad una fattispecie di *datio in solutum* senza il consenso del creditore.

Pare chiaro, del resto, come tale tesi affondi le proprie radici nelle tradizionali teorie che ritenevano come le obbligazioni pecuniarie rientrassero nel novero delle obbligazioni di dare cose generiche secondo le quali, quindi, l'adempimento di tali obbligazioni si verificava solo nel momento in cui avveniva la materiale dazione dei pezzi monetari da parte del debitore nelle mani del creditore.

In tale direzione, la Corte di Cassazione, nella pronuncia del 10 febbraio 2003, n. 1939⁹⁵ ha affermato che qualora il pagamento di un'obbligazione pecuniaria venga effettuato mediante corresponsione di un assegno circolare, la sua consegna o la sua trasmissione non hanno effetto estintivo del debito, il quale discende solo dalla consegna di danaro contante, salvo diversa volontà delle parti; la soluzione contraria, costituirebbe una violazione sia dell'art. 1197 c.c. che dell'art. 1182 c.c.

In particolare nella motivazione della decisione del Supremo Collegio si afferma, che sebbene l'assegno, tanto bancario che circolare, costituisca, differentemente dalla cambiale, un mezzo di pagamento, la sua consegna si intende fatta *pro solvendo*, con esclusione dunque dell'immediato effetto estintivo che conseguirebbe, invece, al pagamento mediante danaro contante, salvo diversa volontà delle parti. L'assegno, dunque, non può essere assimilato al danaro, che è l'unico che ha valore solutorio anche in assenza del consenso del creditore.

Secondo la Suprema Corte, l'invio al creditore di un assegno circolare in luogo della somma di danaro, configurava non solo violazione dell'art. 1277 c.c., e dell'art. 1197 c.c. (rappresentando una "*datio in solutum*"), ma anche dell'art. 1182,

⁹⁵Cass., 10 febbraio 2003, n. 1939 in *Foro it.*, 2003, I, 3102 La fattispecie concreta oggetto del giudizio riguardava l'adempimento delle obbligazioni derivanti da una transazione intervenuta tra le parti per comporre una lite instauratasi a seguito della conclusione di un contratto di compravendita di due coppie di uccelli "negriti della Bolivia" che erano deceduti il giorno dopo la consegna. Secondo quanto stabilito in tale transazione, il venditore si era obbligato al pagamento della somma di L. 2 milioni; detta somma era stata trasmessa con assegno circolare ma tale assegno non era mai pervenuto al creditore in quanto trafugato ed incassato da ignoto. Il Tribunale di Roma (chiamato a giudicare in grado di appello essendosi il primo grado svolto davanti al Pretore) riteneva che nella fattispecie non sussisteva l'inadempimento del debitore, non potendo lo stesso essere ritenuto responsabile del danno sofferto dal creditore in quanto esso aveva agito con diligenza, dando incarico alla banca di emettere l'assegno circolare nei confronti del creditore; il danno subito dall'attore era da ritenersi in realtà conseguenza della negligenza della banca nel pagamento dell'assegno circolare che non si era accertata con le dovute cautele dell'identità del beneficiario portatore. La Corte di Cassazione accoglieva il ricorso del creditore assumendo fondate le doglianze del ricorrente-creditore e conseguentemente cassando la sentenza pronunciata dal Tribunale.

comma 3°, c.c., secondo cui l'obbligazione avente ad oggetto una somma di danaro deve essere adempiuta al domicilio del creditore, mentre l'invio dell'assegno implica la sostituzione del domicilio del creditore con la sede dell'istituto bancario presso cui l'assegno circolare è riscuotibile.

In altre parole, affinché tale mezzo di pagamento possa avere effetto liberatorio, secondo tale impostazione, deve esserci il consenso del creditore. Ne consegue che la sola emissione dell'assegno circolare in favore del creditore effettuata dalla banca su ordine del debitore non è idonea ad estinguere il debito del convenuto. Tale arresto della Cassazione, trova il proprio precedente sempre della Suprema Corte⁹⁶, nella quale i giudici avevano affermato che l'invio di assegni, tanto bancari che circolari, da parte del debitore si configura come proposta di *datio pro solvendo*. L'efficacia liberatoria consegue al preventivo assenso del creditore, che può essere manifestato anche mediante comportamenti concludenti, ovvero, alla sua accettazione la quale si configura anche qualora il creditore trattenga presso di sé e riscuota l'assegno. In quest'ultima ipotesi, la prestazione diversa da quella dovuta è accettata con riserva dell'esito della condizione "salvo buon fine" che di norma è inerente all'accettazione di un credito, anche cartolare, in pagamento dell'importo dovuto.

Tale affermazione sembra dunque ricondurre questa fattispecie più che nell'alveo dell'istituto della prestazione in luogo dell'adempimento, in quello diverso dell'ipotesi della cessione del credito in luogo dell'adempimento, la quale, a norma dell'art. 1198 c.c., richiede per l'estinzione dell'obbligazione la riscossione del credito, salvo che le parti non abbiano diversamente stabilito.

3. Pagamento con assegno circolare ed offerta non formale

Tuttavia, all'interno di tale orientamento, ancorato ad interpretazioni assai rigide delle norme di diritto comune, sembra che qualche penetrazione di diversi orientamenti si sia manifestata laddove si è affermato che la tempestiva consegna

⁹⁶Cass., 3 aprile 1998, n. 3427 in *Studium juris*, 1998, 998

dell'assegno circolare al creditore può essere considerata quale offerta non formale idonea ad escludere la mora del debitore.

Così, ad esempio, nella pronuncia della Cass., sez. lav., del 21 dicembre 2002, n. 18240, i giudici hanno espressamente affermato che *"Nello svolgimento del rapporto obbligatorio, è contrario al dovere di correttezza il rifiuto del creditore, senza plausibili motivi, di accettare assegni circolari in luogo di somme di denaro al cui pagamento sia tenuto il debitore, ma a tale rifiuto non può attribuirsi efficacia estintiva dell'obbligazione, costituendo l'assegno circolare prestazione diversa rispetto a quella oggetto dell'obbligazione pecuniaria, la quale, ai sensi dell'art. 1277, 1° comma, c.c., si estingue con moneta avente corso legale nello stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale; l'offerta di pagamento della somma dovuta fatta dal debitore con l'invio, a mezzo posta, di assegno circolare al domicilio del creditore al tempo della scadenza dell'obbligazione integra la fattispecie di cui all'art. 1220 c.c., che vale ad escludere soltanto la mora del debitore, salvo che l'offerta sia rifiutata dal creditore per un motivo legittimo"*.⁹⁷ È importante sottolineare come in tale pronuncia i giudici, pur in conclusione negando l'efficacia solutoria della consegna dell'assegno circolare, tuttavia riconoscono la contrarietà al dovere di correttezza nello svolgimento del rapporto obbligatorio della condotta del creditore che, senza giustificati motivi, rifiuta di accettare il pagamento mediante assegno circolare.

Accanto a queste soluzioni innovative, non sono mancate pronunce⁹⁸ che sottolineano che l'invio di assegni circolari in luogo della consegna di danaro

⁹⁷Cass., sez. lav., 21 dicembre 2002, n. 18240, in *Vita not.*, 2003, 284. Conformi, Cass., 28 luglio 1997, n. 7051; Cass., 23 agosto 1986, n. 5143 secondo la quale *"L'offerta di pagamento mediante assegno circolare deve ritenersi eseguita secondo gli usi; non sussistendo alcun pericolo di mancanza della provvista presso la banca obbligata al pagamento, in quanto gli istituti autorizzati a emettere gli assegni circolari devono costituire per legge una idonea cauzione a garanzia degli stessi"*; Cass., 13 gennaio 1982, n. 186, che ha statuito il principio per cui *"Costituisce offerta non formale, idonea a conseguire gli effetti di cui all'art. 1220 c.c., l'attività con cui il debitore, manifestando una seria volontà di pronto adempimento, immetta comunque la somma di danaro dovuta nella sfera di disponibilità del creditore, in modo che questi possa apprenderla immediatamente; risultato conseguibile, in particolare, anche inserendo nel proprio fascicolo di causa un assegno circolare intestato al creditore, con autorizzazione al ritiro"*; Cass., 13 giugno 1980, n. 3771, in *Giur. it.*, 1981, I, 94. Sulla disposizione di cui all'art. 1220 c.c. si veda COLAIACONO, *L'offerta non formale di adempimento*, in *Contr.*, 2001, 773

⁹⁸ V. Trib. Milano, 5 ottobre 1989 (nt. 2); Trib. Catania, 30 novembre 1987 (nt. 2); App. Catania, 31 gennaio 1984 (nt. 2); Cass., 3 luglio 1980, n. 4205 (nt. 2); Cass., 14 aprile 1975, n. 1412 (nt. 2); Cass., 27 aprile 1960, n. 928 (nt. 2); Cass., 25 novembre 1959, n. 3275 (nt. 2); Cass., 21 giugno

contante non sia uno strumento idoneo ad integrare la fattispecie dell'offerta non formale di cui all'art. 1220 c.c.. Il presupposto per l'applicazione dell'art. 1220 c.c. è pur sempre il fatto che il debitore offra la prestazione dovuta e cioè, nel caso di obbligazioni pecuniarie, moneta avente corso legale nello Stato e non assegni; diversamente opinando ogni qual volta il debitore offra una prestazione in luogo dell'adempimento ai sensi dell'art. 1197 c.c., questi non potrebbe mai essere considerato in mora.

In effetti, l'art. 1220 c.c., che disciplina l'offerta non formale, si riferisce alle modalità dell'offerta e in particolare alle forme ed ai requisiti che questa deve possedere, di cui agli artt. 1208 ss. c.c., e non all'oggetto dell'obbligazione. Presupposto per l'applicazione di questa disposizione è dunque, che il debitore offra pur sempre la prestazione dovuta. Da ciò deriva che: se la consegna di un assegno circolare è prestazione diversa dalla dazione di una somma di danaro si applica la disciplina della prestazione in luogo dell'adempimento di cui all'art. 1197 c.c., ma non potrebbe applicarsi quella di cui all'art. 1220 c.c. in quanto condizione per la sua applicabilità è l'offerta da parte del debitore dell'esatta prestazione dovuta; oppure, se si giudica applicabile l'art. 1220 c.c. inevitabilmente si dovrebbe ritenere che la prestazione offerta sia identica a quella dovuta e dunque l'art. 1197 c.c. non dovrebbe essere applicabile. In conclusione, ritenere applicabile contemporaneamente le disposizioni di cui agli artt. 1197 c.c. e 1220 c.c. potrebbe ritenersi basato su un'antinomia di fondo.

In ogni caso, ammettendo l'applicabilità dell'art. 1220 c.c., al creditore sarebbe impedito di rifiutare la prestazione a meno che non possa vantare un legittimo motivo di rifiuto. Tale orientamento per così dire "conservatore" porta ad identici risultati indipendentemente dal "mezzo alternativo di pagamento" che viene in considerazione nel caso concreto. Non si è forse tenuto conto, come avremo modo di vedere nel prosieguo, che tali "mezzi alternativi di pagamento"⁹⁹ presentano

1958, n. 2190 (nt. 2)

⁹⁹In dottrina si è distinto tra mezzi alternativi di pagamento *propri* e mezzi alternativi di pagamento *impropri*. Sul punto, cfr. POGGI, *L'assegno circolare come mezzo di pagamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 105 ss. Sul punto anche DI MAJO, *Pagamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 559 ss. secondo il quale gli assegni e i vaglia, diretti ad agevolare la tecnica dei pagamenti rientrerebbero tra i pagamenti alternativi in senso improprio; GIORGIANNI, *Pagamento*, in *Noviss. Digesto it.*, Torino, 1965, 322 secondo il quale, per gli assegni circolari, diventati un comune mezzo di pagamento non si dubita sull'esattezza dell'adempimento effettuato a loro

caratteristiche diverse tra loro, tali da far pensare di poter giungere a conclusioni diverse in tema di adempimento delle obbligazioni pecuniarie avuto riguardo al singolo diverso strumento utilizzato.

Infatti, i giudici della Suprema Corte hanno avuto modo di affermare¹⁰⁰ che l'invio di un titolo di credito improprio quale un vaglia postale per il pagamento di un canone di locazione, non ha efficacia liberatoria se non viene accettato dal creditore sia perché a norma dell'art. 1277 c.c., i debiti pecuniari si estinguono solo con moneta avente corso legale nello Stato, sia perché, a norma dell'art. 1182, comma 3°, c.c. tali debiti vanno adempiuti al domicilio del creditore al tempo della scadenza e l'invio del vaglia comporta la sostituzione di questa sede con la sede dell'ufficio postale presso il quale il titolo può essere riscosso. In altre pronunce, tuttavia, la Corte di Cassazione, pur ribadendo l'orientamento in parola, mostra un mutamento dei canoni interpretativi alleggerendo quella rigidità che contraddistingue tale orientamento, in ossequio al mutare delle condizioni della realtà economica e delle modalità di circolazione del danaro. In relazione a tali mutamenti, i giudici della Suprema Corte¹⁰¹, pur continuando ad affermare che l'invio di un assegno di conto corrente per effettuare il pagamento del canone di locazione non ha efficacia liberatoria se non viene accettato dal creditore - aderendo dunque alla tesi che afferma la natura di *datio in solutum* di tale modalità di pagamento - tuttavia affermano che l'efficacia liberatoria può ravvisarsi qualora la pregressa e prolungata accettazione del pagamento dei canoni in tale forma da parte del creditore, manifesti il suo tacito consenso ai sensi dell'art. 1197 c.c. alla prestazione diversa da quella dovuta e che tale comportamento del creditore può essere idoneo anche ad escludere lo stato soggettivo di colpa del debitore inadempiente.

I giudici, dunque, paiono finalmente considerare che nella quotidianità delle relazioni che coinvolgono rapporti patrimoniali, assai spesso accade che tra i diversi soggetti si instauri, con il trascorrere del tempo, la pratica di ricorrere ad

mezzo. Nello stesso senso, BATTELLI, *Il pagamento di obbligazioni pecuniarie attraverso assegno circolare o vaglia postale tra offerta non formale e "inadempimento incolpevole"*, in *Giur. it.*, 2006, 931, secondo il quale gli assegni circolari costituiscono tra i vari mezzi di pagamento a corso volontario, quelli più idonei e sicuri per adempiere l'obbligazione pecuniaria.

¹⁰⁰Cass., 23 gennaio 2006, n. 1266; Cass., 19 luglio 2005, n. 15202; Cass., 19 luglio 1993, n. 8013

¹⁰¹Cass., 3 febbraio 1995, n. 1326

una particolare modalità di pagamento, senza che ogni volta su tale punto debba formarsi un accordo espresso. In ragione del principio di buona fede che deve improntare l'esecuzione di tutti i rapporti obbligatori è necessario¹⁰² tenere conto del pregresso formarsi di tali usi tra le parti. L'interpretazione secondo tale principio, infatti, consente di considerare contrario a buona fede, se non addirittura abusivo¹⁰³, il comportamento di una delle parti che senza giustificato motivo e senza una preventiva comunicazione all'altra parte decide improvvisamente di discostarsi da quelle modalità di esecuzione della prestazione che si erano consolidate nel tempo nei loro rapporti. In una decisione non troppo risalente¹⁰⁴, inoltre, lo stesso giudice di legittimità pare non considerare l'ostacolo, tradizionalmente frapposto dalla giurisprudenza, derivante dall'art. 1182, comma 3°, c.c. laddove afferma che *"Il pagamento del canone mediante assegno bancario inviato per posta può avere efficacia liberatoria per il conduttore se tale modalità è prevista dal contratto o accettata dal locatore; l'assegno però deve pervenire al domicilio del creditore (art. 1182, 3° comma, c.c.) entro il termine stabilito per il pagamento, rimanendo a carico del conduttore i rischi del ritardo o del disagio derivanti dall'utilizzazione del servizio postale"*. In tale pronuncia, infatti, non si fa riferimento al fatto che il creditore debba presentarsi presso l'istituto di credito per riscuotere la somma che gli è dovuta, sembrando anzi, in quanto vi è espresso richiamo all'art. 1182, comma 3°, c.c., che l'obbligazione sia da considerarsi adempiuta qualora l'assegno giunga presso il domicilio del creditore.

¹⁰²Cfr. Cass., 5 gennaio 1966, n. 89, in *Foro pad.*, 1966, I, 524 secondo la quale *"la buona fede, intesa in senso etico, come requisito della condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito col proposito doloso di creare un pregiudizio ma anche se il comportamento non sia stato improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede"*

¹⁰³In particolare, cfr. RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 177, che ha inquadrato il rifiuto del creditore della prestazione offerta nella figura dell'abuso del diritto. In generale, sul tema dell'abuso del diritto, cfr. ID., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss.; GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; ROMANO, *Abuso del diritto (Diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1956.

¹⁰⁴ Cass., 21 dicembre 2004, n. 23695

4. Il pagamento con assegno circolare alla luce dei principi di buona fede e correttezza: la decisione delle Sezioni Unite numero 26617 del 2007

L'orientamento contrapposto è favorevole all'ammissibilità della tesi secondo la quale l'obbligazione pecuniaria si estingue con la consegna dell'assegno circolare, quando il rifiuto del creditore appaia contrario alle regole della correttezza che impongono allo stesso creditore l'obbligo di prestare la sua collaborazione nell'adempimento dell'obbligazione a norma dell'art. 1175 c.c.

Tale impostazione, che trova riscontro tanto in giurisprudenza quanto in dottrina¹⁰⁵, osserva come, nell'ormai mutato ambiente socio-economico, per la generalità degli operatori ricevere titoli come gli assegni circolari equivale a ricevere una somma di danaro contante, considerando così adempiuta l'obbligazione. Secondo i sostenitori di questa tesi, il comportamento del creditore che, senza giustificato motivo, rifiuta il pagamento mediante assegni circolari pretendendo danaro contante, è da considerarsi contrario alla buona fede intesa in senso oggettivo. In particolare è da considerarsi contrario al dovere di correttezza il rifiuto del creditore qualora non abbia motivo di dubitare della regolarità e dell'autenticità dei titoli o non abbia un apprezzabile interesse a ricevere danaro contante anziché titoli.

Già nella giurisprudenza di merito è possibile trovare pronunce che si sono espresse in questo senso, anche indipendentemente dalla questione che concerne la buona fede in senso oggettivo del creditore.

Così, nel 1992, il Tribunale di Milano¹⁰⁶ ha affermato che "*Premesso che l'uso dell'assegno circolare è sempre più quello della carta moneta essendo oggi*

¹⁰⁵Cfr. BATTELLI (nt. 10), 932; STINGONE, *Il pagamento a mezzo di assegni circolari*, nota a Cass., 10 febbraio 1998, n. 1351, in questa *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, II, 300 ss.; CIGLIOLA, *Il pagamento mediante assegni fra orientamenti della giurisprudenza e innovazioni legislative*, in *Contr. e impr.*, 1992, 546 ss.; SICCHIERO, *Adempimento, assegno bancario non trasferibile, clausola "per conoscenza e garanzia"*, nota a Trib. Milano, 5 ottobre 1989 (nt. 2); POGGI (nt. 10); BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, (art. 1218-1229), in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1980, 230 ss.; PARDOLESI (nt. 2); GIACOBBE, *È legittimo corrispondere le somme di cui all'art. 1503 c.c. mediante assegno circolare?*, nota a Cass., 21 giugno 1958, n. 2190, in *Giust. civ.*, 1959, I, 165 ss

¹⁰⁶Cfr. Trib. Milano, 24 aprile 1992

preferito ad essa in moltissime operazioni solutorie, anche ad enti pubblici, e che l'esigenza di evitare concentrazioni non tutelate di denaro liquido, a garanzia di entrambi i soggetti del rapporto, costituisce un dato essenziale non eludibile e tale da costituire un disincentivo ormai diffuso al pagamento degli stipendi in contanti, il pagamento dello stipendio con assegno circolare deve ritenersi legittimo ove, come nella specie, l'assegno possa essere agevolmente cambiato in giornata senza difficoltà e senza necessità di accendere un conto corrente presso lo sportello dell'istituto di credito che l'ha emesso, funzionante presso l'azienda, così che il pagamento avviene di fatto nelle mani del creditore, quindi, nel rispetto del requisito di cui all'art. 1182 c.c., potendo il creditore medesimo procedere all'immediata trasformazione dell'assegno in moneta legale, nello stesso luogo del corretto adempimento". In tale provvedimento, dunque, i giudici prendono atto della diffusione dell'assegno circolare quale mezzo di pagamento e di come tale strumento, più della moneta contante, risponda alle esigenze di sicurezza e praticità che sono imposte dalla logica attuale del mondo economico della circolazione monetaria.

La pronuncia appena citata è stata preceduta da un'altra sentenza, sempre del Tribunale di Milano¹⁰⁷, nella quale, nello stesso senso, è stato affermato che "*Il disposto dell'art. 1277, 1° comma, c.c., per cui i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale, ha inteso sancire il c.d. principio nominalistico e non già escludere che il pagamento possa essere validamente effettuato con mezzi diversi dalla "moneta", intesa come strumento di scambio, ma ad essa pienamente equiparabili, come l'assegno circolare; pertanto, è legittimo il pagamento delle retribuzioni mediante assegno circolare".* In forza di tali decisioni, il principio nominalistico, sancito dall'art. 1277 c.c., non deve essere interpretato nel senso che l'estinzione dell'obbligazione pecuniaria deve avvenire esclusivamente mediante danaro contante, escludendo in tal modo che la prestazione possa essere adempiuta attraverso "strumenti alternativi" di pagamento, quanto, piuttosto, come conferma dell'esclusività per lo Stato del potere di emissione della moneta.

¹⁰⁷Trib. Milano, 30 aprile 1983

Quanto alla giurisprudenza di legittimità, nella citata pronuncia del 10 febbraio 1998, n. 1351, i giudici della Suprema Corte hanno affermato che *"La consegna di assegni circolari, pur non equivalendo al pagamento effettuato con somme di denaro, estingue l'obbligazione quando il rifiuto del creditore di riscuotere gli assegni appare contrario alle regole della correttezza, che impongono l'obbligo di prestare la collaborazione nell'adempimento dell'obbligazione"*.

La fattispecie oggetto di tale giudizio, si riferiva ad un'opposizione all'esecuzione fondata sull'avvenuta estinzione del debito mediante l'invio di assegni circolari. Nel caso concreto, il creditore aveva trattenuto due plichi inviati con raccomandata, contenenti gli assegni, senza tuttavia procedere alla loro apertura. I giudici, evidenziando quali sono gli elementi che contraddistinguono l'emissione di assegni circolari, affermano come la facilità che caratterizza la loro circolazione e la sicurezza riguardo la riscossione della cifra in essi indicata sono elementi tali da rendere illegittimo il rifiuto da parte del creditore alla loro ricezione che sia contrario a buona fede, in particolare qualora il creditore non abbia motivo di dubitare della regolarità e dell'autenticità dei titoli e non abbia un apprezzabile interesse a ricevere il danaro anziché il titolo ma anche quando, nei rapporti con i terzi, esso si sia mostrato disponibile a ricevere pagamenti mediante moneta scritturale fornendo, solo per fare un esempio, le coordinate dei propri conti correnti bancari.

In una pronuncia più recente,¹⁰⁸ i giudici della III Sezione della S.C., hanno integralmente ribadito questo principio affermando che la norma di cui all'art. 1375 c.c. consente di ritenere che la consegna di assegni circolari, pur non equivalendo a pagamento a mezzo di somme di danaro, estingue l'obbligazione di pagamento qualora il rifiuto del creditore appaia contrario alle regole della correttezza che impongono al creditore di prestare la propria collaborazione nell'esecuzione della prestazione.

¹⁰⁸Cass., 7 luglio 2003, n. 10695, in questa *Rivista*, 2004, II, 390 ss. con nota di BERNARDINI, secondo la quale, testualmente, "il pagamento del credito a mezzo di assegno circolare è estintivo del credito, se l'atto è interpretato secondo buona fede oggettiva, ai sensi dell'art. 1355. La norma, infatti, consente di ritenere che la consegna di assegni circolari, pur non equivalendo al pagamento a mezzo di somme di denaro, estingue l'obbligazione di pagamento quando il rifiuto del creditore appare contrario alle regole della correttezza, che impongono allo stesso creditore l'obbligo di prestare la sua collaborazione all'adempimento dell'obbligazione, a norma dell'art. 1175 c.c."

Parrebbe, dunque, che i giudici abbiano considerato l'adempimento eseguito mediante consegna di assegni circolari equivalente al pagamento in moneta legale, quanto meno dal punto di vista pratico, facendo leva sul principio di correttezza che ha consentito loro di giungere ad una interpretazione certamente più corrispondente alla realtà economica odierna.

I giudici di legittimità¹⁰⁹, si sono soffermati sulla differenza tra pagamento a mezzo bonifico bancario ed il pagamento mediante consegna di assegno circolare, hanno affermato *espressi verbis*, senza porsi peraltro alcun dubbio a monte e senza la necessità di porsi problemi di carattere sistematico di sorta, che *"l'assegno circolare è, infatti, considerato a tutti gli effetti equivalente al denaro contante per cui il pagamento effettuato tramite la consegna del detto assegno estingue immediatamente l'obbligazione"*.

Nella fattispecie concreta, nel corso di una procedura fallimentare, il giudice delegato aveva sospeso il procedimento di vendita di azioni di una s.p.a ai sensi dell'art. 108 l.fall. ritenendo che il procedimento di vendita non fosse terminato e che la proprietà delle azioni non si fosse ancora trasferita in capo agli acquirenti. Tale conclusione si fondava sul fatto che l'acquirente aveva disposto il pagamento del prezzo mediante l'effettuazione di bonifici bancari anziché mediante consegna di assegni circolari come invece era stato previsto nell'ordinanza di vendita.

I giudici della Suprema Corte hanno respinto la tesi della società ricorrente che sosteneva l'equipollenza sotto il profilo giuridico del bonifico bancario e dell'assegno circolare. Per quanto riguarda l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie mediante bonifico bancario, i giudici ripropongono la tradizionale interpretazione secondo la quale l'adempimento effettuato mediante versamento a mezzo bonifico bancario costituisce un inesatto adempimento privo di effetto liberatorio, in assenza del consenso del creditore, in quanto non solo il pagamento è effettuato mediante un mezzo non equivalente al danaro contante ma anche perché effettuato in un luogo diverso da quello pattuito; quanto invece al pagamento effettuato mediante assegno circolare, gli stessi giudici affermano che la sua consegna al creditore estingue immediatamente l'obbligazione in quanto

¹⁰⁹Cass., 6 settembre 2004, n. 17961

l'assegno circolare deve essere considerato a tutti gli effetti equivalente al danaro contante.

In tale pronuncia i giudici affrontano anche la questione relativa al luogo dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria affermando che il pagamento mediante assegno circolare non viola il precetto che impone l'adempimento a domicilio del creditore, purché l'assegno in questione sia effettivamente recapitato al suo domicilio. Pare di intuire che a nulla rilevi la circostanza che il creditore debba successivamente recarsi presso l'istituto di credito per riscuotere la somma indicata nell'assegno, argomento tradizionalmente utilizzato dall'orientamento contrastante per affermare la violazione dell'art. 1182, comma 3°, c.c.¹¹⁰, ma che rilevi solo il fatto che la consegna materiale dell'assegno, in uno con la sua concreta apprensione da parte del creditore, avvenga al domicilio di quest'ultimo. Anche sotto questo profilo, il collegio giudicante enuclea la differenza sussistente tra pagamento a mezzo di bonifico bancario e pagamento a mezzo di assegno circolare. Mentre il secondo, come appena accennato, se consegnato al domicilio del creditore non viola la disciplina comune in tema luogo dell'adempimento delle obbligazioni, il primo invece risulta essere in violazione di tale disciplina in quanto il pagamento avviene in luogo diverso costituito dalla sede della banca.

In altre occasioni si è affermato che l'obiezione fondata sul disposto di cui all'art. 1182, comma 3°, c.c. può essere superata ponendo a mente la circostanza che nell'attualità del mondo degli affari e della circolazione economica, il creditore normalmente ha un conto corrente bancario presso il quale deposita il proprio danaro ed i propri titoli, delegando la banca depositaria per la loro riscossione e che dunque per il creditore la riscossione dell'importo indicato nell'assegno non risulta essere gravosa.

La posizione sopra descritta¹¹¹, in buona sostanza non è tesa a dimostrare l'esistenza di un obbligo del creditore di accettare i mezzi di pagamento diversi dalla moneta legale, ma sottolineano come la possibilità di un rifiuto che pur

¹¹⁰ Sul punto, *ex multis*, cfr. Cass., 19 luglio 1993, n. 8013 ; Cass., 8 gennaio 1987, n. 17 ; Cass., 16 febbraio 1982, n. 971

¹¹¹ G. SICCHIERO, *Contanti (pagamento per)*, in *Contratto e impresa, 1991, 1285 ss*; TENCATI, *il pagamento attraverso assegni e carte di credito*, Padova, 2003, 5s

spetterebbe al creditore, deve essere parametrato al dovere di buona fede e di correttezza. In altri termini il percorso argomentativo di tale ricostruzione, non è volto ad analizzare se l'assegno o il vaglia costituiscano un mezzo di pagamento diverso dalla moneta, ma pur riconoscendo implicitamente che il debitore operando in questa maniera offre una prestazione differente da quella originariamente dovuta, sostengono tuttavia come la correttezza e la buona fede, in presenza di determinate circostanze, rendono ingiustificato un rifiuto¹¹².

In buona sostanza sottolineando come la diffusa utilizzazione degli assegni e dei vaglia quali mezzi di pagamento e dalla prassi sociale che considera normali questi strumenti di pagamento, deducono che il rifiuto di accettarli non sarebbe conforme a buona fede¹¹³.

Per dirla diversamente si deve valutare un reale interesse del creditore a pretendere l'esatto adempimento alla stregua del canone della buona fede. Per tale ragione l'attenzione si è focalizzata dapprima sulla non giusticabilità del rifiuto laddove i mezzi di pagamento alternativi presentino un maggior grado di sicurezza (assegni bancari e circolari) mentre per gli assegni bancari l'operatività del principio di buona fede suggerisce volta per volta accertamenti fattuali che tengono conto della conoscenza che il creditore ha del debitore, della sua solvibilità, della particolare esigenza alla immediata disponibilità della somma che può avere il creditore, elementi che possono consentire una maggiore tolleranza nell'ipotesi in cui intervengano differenti modalità di adempimento del debitore. Così argomentando viene conservata la costruzione che considera l'adempimento. A parere di chi scrive il principio di buona fede appare essere un elemento insufficiente, ad offrire una giustificazione che possa valere in via generale nel senso che se assegni o vaglia vanno considerati come un oggetto diverso da quello dovuto, il ricorso alla buona fede non appare uno strumento idoneo a paralizzare quella previsione.

¹¹²Sul tema della buona fede: è diffusissima la letteratura ex multis, SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, ROMANO SALV., *Buona fede (diritto privato)* in Edd., Milano, 1959, p. 677ss, BIANCA, *la nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in Riv. Dir. Civ., 1983, I, p. 205 ss; NATOLI, *la regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Studi della buona fede, Milano, 1975;

¹¹³In dottrina SANGIORGI, cit, p. 105, si è sottolineato come non vengano approfonditi i nessi tra comportamenti sociali consolidati e buona fede.

Le disposizioni del codice che parlano di buona fede (artt. 1337, 1358, 1366, 1375) sono considerate clausole generali e la loro rilevanza, inizialmente ridotta, ha gradualmente assunto un maggiore spessore ed un riconoscimento più diffuso, presentando una più sentita attenzione a significati che genericamente riguardano la compartecipazione considerazione all'altrui interesse e quindi lealtà, onestà ed impegno solidale che non si ferma alla interpretazione letterale della disposizione. La dottrina che si è occupata di tali aspetti, ha sottolineato come caratteristica costante della buona fede, sia quella di fare carico ai soggetti del rapporto obbligatorio di salvaguardare l'interesse dell'altro direttamente o indirettamente coinvolto nel rapporto stesso non fino al punto di subire un'apprezzabile sacrificio personale od economico. Tale criterio ha la sua operatività o come criterio di valutazione dei comportamenti posti in essere dalle parti (funzione valutativa della b.f.) o come fonte di ulteriori comportamenti a loro carico (funzione integrativa della b.f.)

Sul presupposto che la buona fede si concretizza in regole di condotta, queste sono utilizzate come parametri alla stregua dei quali verificare i comportamenti delle parti, nonché gli obblighi del debitore e la posizione del creditore.

Il panorama complessivo sopra ricordato, risulta ora essere in una certa misura semplificato a seguito della decisione delle Sezioni Unite del 18 Dicembre 2007, n. 26617.

Con tale decisione, la S.C., richiamando i principi di buona fede e correttezza, ha affrontato la questione dell'efficacia solutoria dell'assegno circolare, stabilendo però principi che possono essere applicati con uno spettro più ampio sul quadro generale dei mezzi di pagamento diversi dal denaro.

Partendo dal sopra ricostruito mutamento della realtà socio-economica e registrando il fenomeno di smaterializzazione del denaro, tale pronuncia ha affermato che l'assegno circolare assicura al creditore, la medesima utilità offerta dal pagamento in contanti. Il consenso espresso dal creditore, quindi, resta del tutto irrilevante rispetto all'effetto estintivo comunque assicurato dal pagamento a mezzo di assegno circolare.

In altri termini, secondo questa ricostruzione si può parlare di vero e proprio adempimento tutte le volte in cui sia eseguita una prestazione la quale, pur non

avendo per oggetto diretto denaro, ottenga comunque di far conseguire al creditore la disponibilità di una somma con modalità idonee al conseguimento di tale disponibilità.

in tema di adempimento delle obbligazioni pecuniarie, sono comunque ben delineate in giurisprudenza, l'esistenza di differenze tra il pagamento effettuato mediante assegno circolare ed il pagamento effettuato mediante assegno bancario. In particolare, è stato sostenuto che "*il pagamento di una somma di denaro attraverso assegni bancari dà luogo all'adempimento solo al momento della ricezione del titolo da parte del creditore, con contestuale e definitiva efficacia liberatoria nel caso di assegno circolare, e con efficacia liberatoria postergata alla realizzazione della clausola "salvo buon fine" nel caso di assegno bancario*"¹¹⁴. Nella citata pronuncia si afferma che con la consegna dell'assegno circolare nelle mani del creditore si realizza l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria e la definitiva efficacia liberatoria del debitore, e ciò a differenza di quanto si è soliti ritenere e cioè che l'assegno circolare sia comunque un mezzo di pagamento *pro solvendo*.

Vale la pena di richiamare la già citata recente pronuncia della Corte di Cassazione¹¹⁵ che sostenendo l'impossibilità di equiparare il pagamento mediante bonifico bancario a quello mediante assegno circolare, afferma in *obiter dictum* che, mentre non lo si può dire per il bonifico bancario, l'assegno circolare è mezzo di pagamento equivalente al danaro contante. I giudici infatti testualmente e con un chiarezza tale da non potere lasciare dubbi di sorta, affermano che "*l'assegno circolare è, infatti, considerato a tutti gli effetti equivalente al denaro contante per cui il pagamento effettuato tramite la consegna del detto assegno estingue immediatamente l'obbligazione*". Tale affermazione trova riscontro anche in un ampio ed approfondito saggio dottrinale dedicato a tale tema in cui si è affermato

¹¹⁴Trib. Catania, 30 novembre 1987, in questa *Banca borsa e tit. cred.*, 1989, II, 193. In dottrina, segnalò l'opportunità di tale distinzione anche GIACOBBE , p.165 ss. secondo il quale l'assegno circolare "non c'è dubbio che nella funzione economica, confermata dalla prassi, tende a rappresentare un autonomo mezzo di pagamento". Più di recente, cfr. STINGONE , 302, il quale, testualmente, sostiene che "*pur escludendosi, da una parte, l'efficacia solutoria del pagamento eseguito mediante la consegna di un assegno bancario, dovrebbe, d'altra parte, ammettersi la possibilità per il debitore di liberarsi dal vincolo attraverso la corresponsione al creditore di un assegno circolare di importo corrispondente all'ammontare del proprio debito*".

¹¹⁵Cass., sez. I, 6 settembre 2004, n. 17961

che la valutazione secondo buona fede del comportamento del creditore che adempie l'obbligazione pecuniaria con assegno circolare anziché con danaro contante porta all'equiparazione dell'offerta fatta con assegno a quella fatta con danaro ¹¹⁶.

L'assegno circolare consente, molto meglio del danaro contante, la circolazione di somme monetarie, soprattutto tra luoghi tra loro distanti, limitando i rischi di furto e di smarrimento. Garantendo la disponibilità della somma in esso indicata al creditore, tale titolo non può che pensarsi allora come uno strumento di circolazione del danaro non diverso da tanti altri che si sono con il tempo sviluppati e che vanno al di là della ormai vetusta consegna delle monete o delle banconote.

Tutto quanto appena riassunto consente di affermare, come del resto fu già fatto anche diversi anni or sono dalla dottrina¹¹⁷, che tra tutti i mezzi alternativi di pagamento gli assegni circolari sono quelli più idonei e sicuri a garantire l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

5. L'adempimento dell'obbligazione con assegni di traenza e con assegni bancari

Dopo la sopra ricordata decisione delle Sezioni Unite del 2007, non vi sono dubbi che i confini del pagamento mediante strumenti alternativi al denaro contante, si sono notevolmente espansi.

In questo senso si deve ricordare un'importante pronuncia del Supremo Collegio che, facendo leva sui principi di buona fede e correttezza ha ammesso la possibilità di effettuare il pagamento con assegno do traenza¹¹⁸.

¹¹⁶POGGI op. cit., p. 130

¹¹⁷Che non si debba dubitare dell'esattezza dell'adempimento mediante assegni circolari è affermazione che già si trova in MOLLE, *I titoli di credito bancari*, op cit, p. 63

¹¹⁸Sulla struttura e sulla natura degli assegni di traenza , Cass. Sez. un. 14712 del 26 giugno 2007, in Banca borsa e titoli di credito, 2008, 586, con nota di CIOCCA.

Partendo dal presupposto che attraverso l'emissione dell'assegno di traenza si realizza l'effetto della preconstituzione della necessaria provvista presso la banca emittente, con la conseguenza di assicurare al creditore la piena disponibilità della somma dovuta ¹¹⁹, nel suo arresto la S.C. afferma: "l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria non va intesa come atto materiale di consegna della moneta contante, bensì come prestazione diretta all'estinzione del debito nelle quali le parti devono collaborare, osservando un comportamento da valutare secondo le regole della correttezza per il creditore e secondo le regole della diligenza per il debitore".

Conseguenza di ciò è che il pagamento con l'assegno di traenza potrebbe essere rifiutato dal debitore solo per un giustificato motivo.

Un ulteriore passo verso l'espansione dell'obbligo di accettare l'adempimento con mezzi alternativi al denaro contante, è avvenuto con un'importante decisione delle sezioni unite della cassazione ¹²⁰ attraverso cui si è sottolineato come a fronte di un pagamento offerto tramite assegno bancario, il creditore non possa rifiutare un qualsiasi sistema di pagamento diverso dal denaro contante, sempre che sia garantita un'effettiva messa a disposizione del valore monetario.

In altri termini, al di fuori del caso in cui il rifiuto sia sorretto da un giustificato motivo che il creditore deve allegare e all'occorrenza anche provare, il creditore non potrebbe rifiutare il pagamento effettuato mediante la consegna di un assegno bancario.

Seguendo tale ipotesi ricostruttiva, anche in assenza di un accordo tra le parti, non sarebbe ammissibile un rifiuto del pagamento con mezzo diverso dal denaro contante che si configuri in contrasto con i principi di correttezza e buona fede.

¹¹⁹ Si confronti cassazione n. 6291 del 10 marzo 2008, con nota di VOMERO, *il pagamento con assegno di traenza alla luce del principio di buona fede*, in *nuova giur. Civ. Comm.*, 2008, I, 1195 e di MECCA in *Studium Iuris*, 2008, p. 1448 ss.

¹²⁰ Cass. Sez. unite 4 Giugno 2010, 323 ss con di CORRADO, *Adempimento di obbligazione pecuniaria: il creditore può rifiutare il pagamento mediante assegno solo per giustificato motivo*, in *Dir. e Giust.*, 2010, p. 323 ss.

Sezione II

Moneta scritturale e bancogiro

1. Struttura ed effetti giuridici del bancogiro

L'assenza di una sua disciplina positiva, ha permesso agli interpreti di muoversi con maggiore elasticità sull'inquadramento giuridico dell'istituto del bancogiro.

L'accoglimento della concezione economica, che ha come approdo la parificazione tra pagamenti in contanti e mediante bancogiro, incontra su di un piano giuridico un duplice ostacolo a cagione del disconoscimento di due qualità che sono da ritenersi esclusive del pagamento con moneta legale: la irrifiutabilità e la capacità estintiva dell'obbligazione pecuniaria.

Come già ricordato, soltanto alla dazione materiale di pezzi monetari sarebbe ricollegabile l'efficacia solutoria del debito di somma di denaro, non potendo il creditore opporre un legittimo rifiuto senza incorrere nella mora del creditore; il bancogiro costituirebbe soltanto un trasferimento di un credito in luogo dell'adempimento, perfezionandosi lo schema proprio della *datio in solutum* sottoposta al consenso del creditore, ed operante, salvo che risulti una diversa volontà delle parti, *pro solvendo* secondo quanto previsto dal primo comma dell'articolo 1198 c.c.¹²¹

Di fronte alle posizioni più conservatrici, vi è invece chi si è dimostrato disposto ad una maggiore apertura verso i mezzi di pagamento alternativi e partendo dall'accREDITAMENTO che deriva dall'operazione di bancogiro ha opinato una parificazione tra moneta legale e moneta scritturale.¹²²

¹²¹ Tale è lo schema ricostruttivo proposto da ASCARELLI, *Delle obbligazioni Pecuniarie*, in Comm. Cod. civ. Scialoja Branca, pag 61 ss

¹²² Sul punto tra i tanti sia consentito rinviare a CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, p.14 s. per ampi riferimenti anche di dottrina straniera, Tedesca e Francese. Sempre in merito alla parificazione, negli ordinamenti esteri, tra pagamento in moneta legale e pagamento in moneta scritturale INZITARI, *la moneta pag.* 62 che in riferimento all'ordinamento olandese evidenzia come: “ la parificazione tra pagamento in contanti e mediante bonifico, particolarmente tenendo conto della sempre più estesa e generale utilizzazione della moneta scritturale, è una esigenza ormai dell'economia contemporanea e quindi l'inefficacia di tali forme di pagamento mediante bonifico è vista come ipotesi eccezionale che necessita di una specifica e chiara manifestazione di

Conseguenza di tale contrapposizione dicotomica, è che da una parte vi è chi si pone l'obiettivo di dimostrare che pagamento con moneta legale e pagamento con moneta scritturale sono fenomeni eterogenei, sottolineando gli effetti meramente obbligatori dell'operazione finale di bancogiro ¹²³; dall'altro coloro che sottolineano la sostanziale identità tra pagamento in contanti ed accreditalmento bancario. ¹²⁴

Coerentemente con tale seconda ricostruzione, occorre risolvere due problemi fondamentali, legati al fatto che nel bancogiro il valore giuridico circolante è pur sempre un credito, anche se ritenuto sicuro e di pronta realizzazione: il primo, tradizionale e prioritario, è quello di attribuire al beneficiario del bancogiro una posizione coincidente con quella *dell'accipiens* di moneta legale, in termini di semplicità delle forme acquisitive e di stabilità del valore acquistato; il secondo, ulteriore e secondario, è quello di riconoscere all'operazione di bancogiro lo stesso valore liberatorio, che la legge riconosce alla moneta legale, in via di superamento dell'opposto principio emergente dall'articolo 1197 c.c.

Per quanto concerne la struttura del bancogiro, la dottrina prevalente tende ad individuare nell'ordine di giro impartito dal correntista-ordinante alla banca ed il successivo accreditalmento da quest'ultima sul conto del beneficiario, un rapporto trilaterale (ordinante-banca-beneficiario) senz'altro riconducibile allo schema della *delegatio solvendi*.

E' stato però sottolineato, che tale ricostruzione sembra interpretare correttamente quella che risulta essere, di regola, la funzione complessiva dell'operazione in esame, dall'altro non riesce a dare adeguata spiegazione alle particolari modalità di esecuzione dell'ordine di giro da parte della banca, la quale, al posto di effettuare una dazione di pezzi monetari al beneficiario, procede ad un accreditalmento, assumendo così una obbligazione nei confronti di quest'ultimo. In altri termini l'atto di accreditalmento, determina la nascita di un rapporto

volontà da parte del creditore.”

¹²³ SANTINI, il *bancogiro*, Bologna 1950, pag 115, che evidenzia come i maggiori ostacoli ad una equiparazione giuridica tra bancogiro e pagamento vero e proprio sono costituiti dalla natura obbligatoria (non quindi solutoria) dell'atto di accreditalmento e dal fatto che il creditore possa non avere interesse al ricevimento del bancogiro, od averne uno contrario.

¹²⁴ CAMPOBASSO, op. ult. Cit., pag 14

obbligatorio tra l'istituto di credito-ordinato ed il correntista beneficiario e dunque l'assunzione di una obbligazione del terzo (banca) in luogo dell'adempimento.¹²⁵

Proprio l'assenza di un pagamento immediato, ha indotto gran parte della dottrina a volgere lo sguardo verso l'istituto della delegazione obbligatoria (o di debito).

L'inquadramento sistematico che confinava il bancogiro nell'ambito del fenomeno delegatorio, è stato sottoposto a rigorosa critica da parte di attenta dottrina¹²⁶ la quale è pervenuta, con riferimento all'operazione di bancogiro, a risultati innovativi in relazione ai rapporti tra moneta legale e moneta scritturale ed nello specifico tra pagamento in contanti ed il pagamento mediante bancogiro.

Il pensiero di Campobasso prende le mosse dalla considerazione di due dati, desunto uno dalla prassi bancaria, l'altro dalla realtà economico-sociale: il primo consiste nell'individuazione dell'atto di accreditamento come momento della nascita del credito pecuniario in capo al correntista beneficiario; il secondo nella constatazione della equiparazione (dal punto di vista economico-sociale) tra pagamento mediante bancogiro e pagamento mediante trasferimento materiale di una somma di denaro. Tale equiparazione risponde a rilevanti esigenze sociali e merita di essere assecondata mediante la predisposizione di schemi più idonei ad instaurare una tendenziale parificazione sul piano degli effetti giuridici.

Per ottenere tale effetto, risulta necessario risolvere due problemi di fondo: innanzitutto garantire alla posizione del beneficiario una tutela, nei confronti della banca, rispetto alle eccezioni relative ai rapporti di base analoga a quella conseguibile attraverso l'acquisizione di moneta legale; un secondo effetto è quello di riconoscere al trasferimento virtuale effettuato dall'ordinante, il medesimo valore liberatorio che l'ordinamento ricollega alla dazione di moneta legale, superando sostanzialmente il principio secondo cui è necessario il consenso del creditore affinché il debitore possa liberarsi mediante la prestazione in luogo dell'adempimento¹²⁷

¹²⁵ CAMPOBASSO, Bancogiro e moneta scritturale, Bari, 1979, p.48

¹²⁶ CAMPOBASSO, cit, p. 43

¹²⁷ CAMPOBASSO, cit p. 43 ss

Secondo tale dottrina, il riferimento all'istituto della delegazione viene giudicato insufficiente a spiegare tutti gli aspetti dell'operazione di bancogiro, ritenendosi necessaria una costruzione più complessa, che tenga conto del particolare assetto di interessi proprio del bancogiro, e che dia il giusto risalto al rapporto di conto corrente bancario che interviene tra la banca-ordinata ed il correntista beneficiario: la tesi della *delegatio promittendi* si infrange infatti sulla constatazione che la banca non si limita a promettere il pagamento al beneficiario, bensì mette a disposizione di costui la somma accreditatagli, in forza del proprio potere-dovere, derivante dal proprio preesistente rapporto di conto corrente bancario con lo stesso intercorrente di non eseguire mediante dazione di denaro contante gli ordini di pagamento in suo favore¹²⁸. In altri termini, il correntista-ordinante vuole servirsi della banca come strumento di pagamento: il suo intento negoziale è quello di utilizzare un credito disponibile per adempiere un'obbligazione nei confronti del terzo-creditore (liberandosi così dal corrispondente vincolo obbligatorio) non quello di assegnare alla banca debitrice un nuovo creditore, ordinandole di obbligarsi nei suoi confronti¹²⁹.

Tale ricostruzione evidenziando quindi una deviazione, rispetto alla tipica valutazione economico-sociale del bancogiro che ricollega a tale operazione effetti sostanzialmente solutori¹³⁰, sottolinea come si debba dare la giusta rilevanza ad un elemento fondamentale ed un elemento fondamentale: il bancogiro si innesta su due rapporti di conto corrente. L'intera vicenda cui essa dà luogo, deve essere valutata in relazione a tale elemento, e non come un'operazione (delegatoria) fra soggetti non legati ad un preesistente rapporto. L'effetto obbligatorio che scaturisce dall'atto di accreditamento, deve essere reputato non quale effetto di una accettazione delegatoria da parte della banca, cioè come

¹²⁸ CAMPOBASSO op. cit. pag 63

¹²⁹ CAMPOBASSO, op. cit. 53 ss il quale sostiene che, anche se il primo comma dell'articolo 1269 c.c. consente al delegato di convertire di sua iniziativa la delegazione di pagamento in delegazione obbligatoria, tale norma vada interpretata restrittivamente e che dunque, anche in assenza di un divieto del delegante il delegato possa operare tale conversione “solo quando *lo iussum* del delegante non comporti un pagamento immediato e, qualora si tratti di un ordine di pagamento a scadenza, solo anteriormente alla scadenza indicata nell'atto di delega. “

¹³⁰ CAMPOBASSO op. cit. pag 65 che sottolinea che è proprio questo “uno dei motivi che hanno indotto la dottrina tedesca e francese prevalenti ad abbandonare la ricostruzione del bancogiro in esame”

effetto di promessa della banca di futuro pagamento per conto dell'ordinante, bensì quale “*effetto di un atto logicamente successivo (anche se formalmente e temporalmente coevo) ad un già intervenuto pagamento delegatorio posto in essere dalla banca in modo virtuale*”.¹³¹

In altri termini, attraverso tale operazione, è come se la banca ponesse in essere due distinti atti, in adempimento di altrettanti obblighi assunti nei confronti del correntista beneficiario: In un primo atto la banca riceve per conto del beneficiario la somma indicata dall'ordinante; una seconda operazione, logicamente successiva alla prima anche se cronologicamente coincidente, attraverso cui la banca imputa al rapporto di credito intercorrente col beneficiario, il risultato della propria attività gestoria.

Gli effetti obbligatori tra banca e beneficiario trovano la loro giustificazione funzionale, quindi nel rapporto di conto corrente che intercorre tra le parti ed a cui l'ordinante rimane totalmente estraneo e non nella vicenda che si esaurisce nel primo atto, cioè nello *iussum* dell'ordinante.¹³²

Questa ricostruzione, in maniera condivisibile, sottolinea come solo a monte si verifica una delegazione di pagamento, mentre l'effetto obbligatorio che si verifica a valle deriva semplicemente dalla combinazione degli obblighi assunti nei confronti di entrambi i correntisti (ordinante e beneficiario) in forza dei distinti rapporti di conto corrente con entrambi intrattenuti.

L'operazione di bancogiro, per usare le parole di Ferri¹³³, altro non è che un pagamento a mezzo banca che si attua attraverso l'accreditamento nel conto del beneficiario e dunque postula una vera e propria equiparazione tra lo spostamento materiale dei pezzi monetari, conseguente dal prelevamento e dalla successiva operazione di versamento, ed il trasferimento virtuale di disponibilità monetarie (conseguenza del bancogiro).

Questa ricostruzione sistematica ha la conseguenza di realizzare un effetto solutorio con la nascita di un credito disponibile a favore del beneficiario, cioè a seguito della messa a disposizione da parte della banca di moneta scritturale, in

¹³¹ MARTUCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano 1998 p. 133

¹³² CAMPOBASSO, op. cit. p.78s

¹³³ FERRI, *Bancogiro*, edd, cit p. 34

maniera analoga a quella realizzata in via di principio dall'articolo 1277 c.c. attraverso la consegna di moneta legale.

2. Efficacia solutoria e rifiutabilità del pagamento mediante bancogiro

La qualificazione degli effetti dell'accreditamento nel rapporto tra debitore-ordinante e creditore-beneficiario è un utile terreno per verificare l'ipotizzata parificazione giuridica tra pagamento in moneta legale e pagamento in moneta scritturale.

Questa assimilazione appare sostenibile in virtù della natura essenzialmente neutra dell'atto di accreditalmento. La causa dell'accreditamento, può infatti essere *solvendi* (adempimento dell'obbligazione pecuniaria), *donandi* (donazione manuale), o *credendi* (mutuo).¹³⁴

Il problema specifico sollevato dal bancogiro, nel rapporto di valuta, è quello di verificare “ se è quando la funzione costitutiva od estintiva possa essere realizzata indipendentemente dalla effettiva *traditio* da parte della banca al beneficiario”¹³⁵.

Per quanto concerne il pagamento mediante bancogiro, disposto *solvendi causa*, ossia in adempimento di un'obbligazione pecuniaria o se, più correttamente, non debba essere ricondotta ad una diversa fattispecie estintiva, quale ad esempio la prestazione in luogo dell'adempimento.

¹³⁴ CAMPOBASSO, op. cit. pag. 242 nota 3 il quale sottolinea che mentre per l'accreditamento donandi e credendi causa “ è da stabilirsi se, in presenza dell'elemento volontaristico (accordo delle parti) l'atto di accreditalmento posto in essere dalla banca sia sullo stesso piano della consegna materiale al mutuatario o al donatario” per l'accreditamento *solvendi causa* “ è da determinarsi se, oltre il compimento dell'atto di accreditalmento, sia necessario un comportamento legittimante (preventivo o successivo) e quale forma questo debba assumere affinché ad un atto produttivo di effetti obbligatori tra questi e la banca possano prodursi, nel rapporto di valuta, effetti equivalenti alla consegna di una somma di denaro e quindi ricorrendo gli altri presupposti propri dell'adempimento, si perfezioni la relativa fattispecie estintiva”

¹³⁵ CAMPOBASSO cit. p. 241s.

Pur aderendo alla tesi in forza della quale nel pagamento mediante bancogiro si realizzi un effetto solutorio assimilabile alla *traditio*, si pongono in capo all'interprete due problemi: l'irrifutabilità e l'efficacia solutoria.

Per quanto concerne il primo aspetto, in linea di principio sembra che il creditore non sia tenuto *ex lege* a ricevere pagamenti, mediante accredito bancario sul proprio conto; e tale necessario consenso, ovviamente, condizionerebbe la possibilità per l'operazione di bancogiro di produrre (da sola) un effetto liberatorio nel rapporto di valuta.

Seguendo tale impostazione, il riferimento alla *datio in solutum* sembrerebbe fondato, e non sembrerebbe possibile ricollegare *sic et simpliciter* al pagamento mediante bancogiro un effetto solutorio del rapporto di valuta.¹³⁶

A tale obiezioni si è dato risposta sottolineando come “ l'effetto solutorio nel rapporto di valuta deve essere valutato assumendosi come termine di riferimento non già le norme relative alla *datio in solutum* o alla dazione obbligatoria, bensì quelle che regolano il pagamento effettuato a soggetto diverso dal creditore .

Seguendo tale ricostruzione, il bancogiro pur non determinando il trasferimento materiale di una somma di denaro “ può e deve equipararsi all'effettivo trasferimento della stessa nel patrimonio di un soggetto (banca accreditante) legittimata (ex mandato) a riceverla per conto dello stesso, dato che ...l'assenza di *traditio* (sia fra ordinante e banca sia fra banca e beneficiario) è fenomeno che trova giustificazione dogmatica nel contenuto negoziale del rapporto di conto corrente che lega ciascuna delle parti del rapporto di valuta alla banca (o alle banche) coinvolte nell'operazione.”¹³⁷

Il pagamento mediante bancogiro, integrerebbe la fattispecie della indicazione attiva di pagamento, costituendo un'ipotesi di adempimento in senso tecnico , quando la banca venga indicata dal creditore beneficiario al debitore-ordinante come legittimata a ricevere il pagamento.(art.1188 comma 1 c.c.)

La parificazione tra pagamento in contanti e mediante bancogiro avverrebbe in via convenzionale.

¹³⁶ Imposta il problema in questi termini , MARTUCELLI, cit, p. 158

¹³⁷ CAMPOBASSO, op. cit- p. 242

Campobasso sottolinea altresì che anche l'ipotesi di bancogiro non autorizzato non ci è una parificazione tra moneta legale e moneta scritturale, in quanto assimilabile a qualsiasi forma di pagamento compiuto nelle mani di un soggetto diverso dal creditore: si tratterebbe infatti di un pagamento effettuato nei confronti di chi non era legittimato a riceverlo e per la liberazione dell'ordinante si dovrà decidere utilizzando la regola prevista dal secondo comma dell'articolo 1188.c.¹³⁸

In tale modo, il pagamento mediante bancogiro viene ad assolvere nel rapporto tra debitore ordinante e creditore-beneficiario una funzione assimilabile, anche sul piano degli effetti giuridici al pagamento con denaro contante; ai crediti disponibili che circolano mediante tale operazione bancaria, viene attribuita una connotazione sempre più vicina a quella di strumento di scambio, tradizionalmente riservata dall'ordinamento alla moneta legale.

3. Pagamento mediante bancogiro: moneta legale e moneta scritturale

Dalle considerazioni sopra svolte, in riferimento alle categorie giuridiche tradizionali di moneta e di pagamento, si deve verificare se l'applicazione dell'elettronica all'operazione di bancogiro determini una mutazione genetica della moneta scritturale circolante mediante accreditamento bancario e come

¹³⁸ SANGIORGI, *Pagamento e moneta scritturale*- Corso di diritto civile , cit, pag 160ss, il quale accogliendo la scelta interpretativa di Campobasso attribuisce alla moneta scritturale due funzioni: quella prevalente, di modalità di adempimento e quella, ulteriore ed eventuale di mezzo di pagamento sostitutivo del denaro contante . Tale ultima funzione però, tra i vari strumenti di circolazione della moneta scritturale, può essere assolta solamente attraverso l'operazione di giroconto, nella quale il terzo interviene nella esclusiva qualità di ausiliario (in senso lato) del debitore, bensì riveste l'ulteriore ruolo di indicatario del creditore per ricevere la prestazione ai sensi dell'art. 1188 c.c. . ; si veda anche SCIARRONE ALIPRANDI , *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria* , cit. p. 194 , secondo la quale per giustificare l'inutilità del consenso del creditore all'esecuzione dell'obbligazione pecuniaria mediante trasferimento di fondi, non è necessario “anzi è fuorviante , affermare che la posizione del creditore che ha ricevuto materialmente pezzi monetari è identica (o equiparabile) a quella del creditore che ha ricevuto l'accreditamento . Qualificare, infatti, la banca di quest'ultimo nei termini di destinatario giuridico del pagamento ex art. 1188 comma 1, significa, sotto questo profilo, superare, come termine di riferimento, la sfera giuridica del correntista creditore per indirizzarsi alla sfera della banca di quest'ultimo, ove l'esistenza di una manifestazione di volontà in tal senso è *in re ipsa* negli accordi interbancari.”

conseguenza una nuova concezione del pagamento, inteso non tanto come trasferimento materiale di denaro contante, ma come trasferimento virtuale di astratte disponibilità monetarie

A partire dalla più volte citata opera di Campobasso, è apparso chiaro che il ricorso al trasferimento bancario di fondi per adempiere una obbligazione pecuniaria, determina non tanto un mutamento dell'oggetto della prestazione quanto un mutamento soggettivo nelle vicende del rapporto obbligatorio: a circolare è sempre la moneta avente corso legale, con la differenza che essa circola secondo le modalità esecutive pattuite nell'ambito di un complesso meccanismo di autonomia, strutturato mediante una serie di accordi che intervengono tra il correntista-ordinante e la sua banca, tra il correntista beneficiario e la sua banca, nonché reciprocamente tra tutte le banche appartenenti al sistema medesimo.

L'innestarsi della fase esecutiva del bancogiro su questi rapporti negoziali, determina, da un lato il concentrarsi in capo alla banca della duplice posizione giuridica di legittimato a eseguire il pagamento per conto dell'ordinante e di legittimato a riceverlo per conto del beneficiario e d'altro canto legittima ed obbliga la banca stessa a trattenere nel proprio patrimonio e ad imputare al preesistente rapporto di credito disponibile col beneficiario il risultato dell'attività gestoria di riscossione.¹³⁹

Conseguenze innovative di tale ricostruzione, sono che l'atto di accreditalmento, ricollegandosi al precedente rapporto tra banca e beneficiario non creano tra le parti un nuovo rapporto obbligatorio¹⁴⁰ e viene ad assolvere una funzione solutoria. Il credito pecuniario del beneficiario nei confronti della banca, cui l'atto di accreditalmento dà vita non è direttamente dipendente dall'ordine di giro impartito dall'ordinante (atto iniziale di una delegazione di pagamento), ma si pone come effetto di un atto logicamente successivo (anche temporalmente coevo) ad un pagamento delegatorio già intervenuto, posto in essere dalla banca in modo virtuale.

¹³⁹ CAMPOBASSO op cit. pag 122

¹⁴⁰ In maniera condivisibile SANTINI, *il bancogiro* pag. 60, secondo il quale “la banca attribuisce al correntista un diritto nuovo, che non ha causa nei rapporti precedenti.”

Tali considerazioni portano a ritenere che per quanto concerne il valore utilizzato, il bancogiro non si pone in contrasto con il principio posto dall'articolo 1277 c.c. e che l'effetto solutorio e liberatorio nel rapporto tra ordinante e beneficiario, conseguente a questa operazione, deriva non dalle regole che disciplinano la prestazione in luogo dell'adempimento (e più precisamente l'assunzione dell'obbligazione del terzo) in luogo dell'adempimento, bensì delle regole del pagamento al soggetto legittimato a riceverlo in quanto indicato dal creditore secondo le regole dell'articolo 1188 c.c.

Con riferimento all'operazione di bancogiro, la dottrina sembra dunque essere pervenuta alla teorizzazione di un meccanismo collegato ad una fattispecie di pagamento effettuato in modo virtuale.

Questa forma di pagamento si è ritenuta parificabile, da un punto di vista giuridico, al pagamento mediante denaro contante, coerentemente con la considerazione economico sociale della suddetta operazione.¹⁴¹

Tale ricostruzione deriva dalla considerazione del bancogiro come una fattispecie complessa, nella quale una *delegatio solvendi* si innesta su rapporti già esistenti tra le parti del rapporto¹⁴². A causa di tale preesistente connessione, sembra rendersi possibile un pagamento in forma virtuale, cui segue solo in ordine logico, da parte della banca ed in favore del beneficiario, la messa a disposizione della somma trasferita, sotto forma appunto di credito disponibile.

Pur essendo la ricostruzione dogmatica di campobasso assolutamente rigorosa, rimangono aperti punti problematici derivanti da alcune forzature interpretative¹⁴³ nell'intento di arrivare ad una piena parificazione, nel rapporto di valuta, tra pagamento con moneta legale e pagamento con moneta scritturale. Tali forzature vengono in risalto soprattutto con riferimento alla precarietà del creditore

¹⁴¹ Nel suo fondamentale lavoro, CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979 pag. 128 sottolinea come “ coordinato il bancogiro con le prestazioni tipiche del conto corrente bancario, l'operazione si rivela come collegamento volontario e funzionale di atti posti in essere dalla banca in adempimento di comportamento preventivamente assunti nei confronti di ciascun correntista; atti ciascuno dotato di propria autonomia funzionale e di propri effetti ma il cui combinarsi consente di raggiungere risultati equivalenti a quelli conseguibili con lo spostamento materiale di moneta legale e quindi di prospettare una sostanziale parificazione effettuale tra pagamento in moneta legale e pagamento in modo scritturale mediante bancogiro”.

¹⁴² Debitore-delegante, banca-delegata, creditore-delegatario

¹⁴³ MARTUCELLI, *obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Op cit, p. 166

beneficiario: l'ordine infatti può essere revocato da parte del debitore ordinante nel periodo che intercorre tra l'impartizione dell'ordine e la sua esecuzione (l'accreditamento); vulnerabilità rispetto alle eccezioni opponibili al beneficiario dalla banca e relative o al rapporto di questa con quello (rapporto finale o diretto) ovvero ai vizi dell'ordine di giro. Rimane poi insoluto il problema della necessità di un consenso anche implicito del pagamento mediante bancogiro.

4. Il pagamento mediante bancogiro: moneta legale e moneta scritturale

L'equiparazione tra pagamento con moneta legale e pagamento con moneta scritturale sopra delineata, costituisce un primo stadio di un processo di smaterializzazione del pagamento, parallelo e contestuale all'analogo fenomeno che abbiamo visto interessare il concetto di denaro : così come quest'ultimo si è gradualmente emancipato dall'originario legame con la materia, la concezione del pagamento comincia a svincolarsi dalla necessità di una dazione fisico-materiale di pezzi monetari . Lo sviluppo nel sistema bancario di modalità di circolazione monetaria elettronica, sembra costituire un ulteriore sviluppo di tale evoluzione.

L'esigenza di celerità e sicurezza dei trasferimenti a lunga distanza di ingenti somme di denaro, legata al processo di internazionalizzazione e liberalizzazione dei mercati finanziari, pur nella assenza di una loro specifica disciplina legislativa, ha posto l'interprete di fronte ad una molteplicità di problemi che vanno dalla definizione del fenomeno, alla sua natura giuridica, alla sua causa, oltre che il problema della riferibilità dell'operazione di pagamento elettronico al suo autore e dell'imputazione allo stesso dei relativi effetti giuridici.¹⁴⁴

¹⁴⁴ MARTUCELLI , *obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, op cit. p. 171 sottolinea come ulteriori problemi intimamente connessi al precedente, riguardano la sottoscrizione elettronica, il valore probatorio del documento informatico, quello della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle diverse parti coinvolte nel trasferimento; senza contare i problemi legati alla riservatezza ed alla tutela dell'utente e quelli di natura penale, sull'opportunità dell'introduzione di nuove fattispecie di reato.

Le problematica che si intende sviluppare in questa sede, attiene all'individuazione del momento solutorio nel pagamento elettronico, ossia il momento in cui il debitore si intende liberato dal vincolo obbligatorio ed il creditore vede soddisfatto il proprio interesse e dei limiti del potere di revoca dell'ordine di pagamento impartito dal debitore ordinante.

Nell'ambito dei sistemi elettronici di pagamento, cui si fa riferimento attraverso l'acronimo EFTS (*electronisc funds transfer system*) si devono i sistemi *off line* ed i sistemi cosiddetti *on line*. Mentre i sistemi *off line* permettono la sola trasmissione telematica di ordini di pagamento che richiedono una successiva operazione contabile distinta ed ulteriore rispetto a quella con cui è stato impartito l'ordine di pagamento¹⁴⁵, nei sistemi *on line* vi è un collegamento tra il terminale presso cui viene trasmessa la transazione e l'elaboratore deputato all'esecuzione della stessa, di modo che sussiste la possibilità tecnica di programmare il sistema in modo tale che l'operazione sia svolta integralmente in forma elettronica e, soprattutto, senza bisogno di alcuna attività umana ulteriore rispetto all'ordine di pagamento impartito presso l'elaboratore di partenza: in tal caso, si dice che il sistema *on line* opera in real time, ossia senza alcun apprezzabile sfasamento temporale tra l'ordine di trasferimento elettronico di fondi e la sua esecuzione.¹⁴⁶

Altra importante distinzione nell'ambito dei sistemi di trasferimento elettronico di fondi è quello tra sistemi di trasferimento crediti (usualmente chiamati *CTS – Credit transfer system*) dai sistemi di trasferimento debiti (*DTS- Debit transfer System*) denominati altresì sistemi di riscossione debiti.

¹⁴⁵ TIDU, *Clausola di esecuzione in tempo reale e pagamenti elettronici interbancari*, in Il Contratto- Silloge in onore di Giorgio Oppo pag. 350 il quale rileva che i sistemi che operano off line “ non consentono che l'informazione trasmessa avvii un processo tale da produrre senza alcun ulteriore intervento umano la modifica del saldo contabile e della disponibilità sui conti delle parti interessate”

¹⁴⁶ TIDU, op. cit. , pag 352 osserva che il sistema *on line* opera in tempo reale, ossia senza alcun apprezzabile sfasamento temporale tra l'ordine di trasferimento elettronico di fondi e la sua esecuzione. Nello stesso passaggio, si sottolinea come nei sistemi *on line* “ il dato giunga direttamente all'elaboratore destinato ad utilizzarlo per la successiva operazione non potendo indurre le imprese a cercare di automatizzare il passaggio dalla ricezione del dato (ordine) alla sua successiva elaborazione , tendendo così all'eliminazione di qualsiasi ulteriore atto umano, con il risultato principale di far tendere allo zero i tempi di risposta e con quello accessorio di riduzione di rischi di errori umani e di rendere più snella l'organizzazione del lavoro . In tale maniera si arriva al pagamento effettuato in *real time*.

La differenza tra questi due tipi di operazione, è che mentre nei primi l'ordine di pagamento elettronico viene impartito dal debitore, nei secondi il trasferimento dei fondi avviene su iniziativa del creditore, il quale si rivolge alla banca al fine di riscuotere un proprio credito, di regola provato documentalmente.

Con riferimento alle operazioni effettuate *on line* che fanno riferimento ai trasferimenti elettronici di disponibilità monetarie eseguiti su ordine del debitore i problemi che si pongono attengono alla determinazione del momento solutorio nel pagamento in forma elettronica e la connessa questione circa revocabilità dell'ordine pagamento.

Abbiamo visto, che per quanto concerne le operazioni di bancogiro, in ragione della modalità contabile manuale di esecuzione dell'ordine di giro e l'individuazione del momento solutorio dell'operazione nella fase in cui la banca procede all'accreditamento del conto del beneficiario, rendono la posizione di quest'ultimo incerta e dunque non paragonabile a quella in cui viene a trovarsi l'*accipiens* di denaro contante.

In un meccanismo assimilabile a quello del salvo buon fine, l'individuazione del momento solutorio della fase in cui la banca procede all'accreditamento del conto corrente del beneficiario, rendono la posizione di quest'ultimo, fino ad accreditamento avvenuto, precaria ed incerta e comunque non paragonabile a quella in cui viene a trovarsi l'*accipiens* di denaro contante.

La possibilità di revoca dell'ordine di giro da parte del debitore, incombe sul debitore nel lasso di tempo che intercorre tra il momento di impartizione dell'ordine e quello della sua esecuzione.

I termini della questione cambiano sensibilmente se si fa riferimento al trasferimento di fondi effettuato in forma elettronica e si rammenta che nei sistemi *on line* operanti in tempo reale l'accreditamento del conto del creditore-beneficiario, avviene contestualmente all'impartizione dell'ordine da parte del debitore – ordinante¹⁴⁷

Nelle prossime pagine, si dovrà analizzare le notevoli differenze che la modalità elettronica di esecuzione dell'accreditamento bancario determina con riferimento

¹⁴⁷ FARANGA, *La moneta bancaria*, cit. pag 204 il quale rileva che nei sistemi *on line* “l'accreditamento dovrebbe coincidere, di norma con il momento stesso di trasmissione dell'ordine da parte dell'ordinante.”

alla fattispecie “pagamento” e chiarire il significato da attribuire all'espressione tempo reale, intorno alla quale si sono agitate le teorie più articolate.

Per quanto riguarda questo secondo aspetto, si è sottolineato come risulta essere fuorviante il riferimento al termine immediatezza¹⁴⁸, rilevando che tale immediatezza è semmai ravvisabile fra la ricezione dell'ordine da parte dell'elaboratore e l'inizio della elaborazione non già l'esecuzione dell'ordine medesimo.

Un'altra impostazione ha considerato nell'espressione in parola l'indicazione della contestualità tra gli effetti giuridici ed economici dell'operazione e la sua esecuzione¹⁴⁹, precisando al contempo che contestualità non significa contemporaneità.¹⁵⁰

Da tale presupposto si è correttamente sottolineato¹⁵¹ come considerare l'accredito elettronico effettuato in tempo reale come contestuale all'ordine ma non contemporaneo ad esso è a ben vedere, affermazione non priva di significato, laddove si considerino gli aspetti sostanziali e qualificanti il pagamento in forma elettronica.

Con tale considerazione si indica infatti che uno sfasamento temporale, anche se minimo sussiste tra il momento in cui l'ordine viene impartito e quello in cui esso viene eseguito.

Si è però sottolineato, come il dato più rilevante che nel trasferimento di fondi on line e real time, il solo ordine di trasferimento avvia un procedimento elettronico e telematico, che si conclude, senza bisogno di altro intervento umano con la sua esecuzione¹⁵².

¹⁴⁸ TIDU, *Clausola di esecuzione in tempo reale e pagamenti elettronici interbancari*, in *il Contratto- Silloge in onore di Giorgio Oppo*, cit. p. 354 il quale coglie l'essenza dei sistemi *real time* nella contrapposizione degli stessi ai sistemi operanti in *batch*. Mentre i primi “anzichè operare a posteriori elaborano i dati acquisiti attraverso reti di terminali, nel momento stesso in cui hanno origine” nei secondi l'elaborazione avviene a “posteriori su dati preventivamente raggruppati”.

¹⁴⁹ MACCARONE, I trasferimenti elettronici di fondi nel diritto italiano, in *Dir. Inf. Cit.* pag. 615.

¹⁵⁰ Con riferimento a tale puntualizzazione, peraltro ritenuta corretta, si è però rivelato che, una volta escluso che il concetto di contestualità “coincida con la mera contemporaneità tra ordine ed accredito, sembra difficile trovare altre indicazioni con cui dare contenuto a tale concetto si veda TIDU, op. cit. pag. 355 nota 51

¹⁵¹ MARTUCELLI, op. cit. pag. 178

¹⁵² GIAMPIERI, *Operazione telematiche ed irrevocabilità dell'ordine di pagamento*, in *dir. Inf.* 1991, 0 103

Il riferimento al concetto di contestualità come differente da quello di contemporaneità, declinato con riferimento al pagamento in forma elettronica, va condiviso soltanto nei termini in cui con esso si voglia sottolineare che, una volta impartito l'ordine all'elaboratore, l'operazione solutoria si compie attraverso varie fasi¹⁵³ un processo automatico, la cui durata non è istantanea ma comunque trascurabile.

Per dirla diversamente, l'ordine di pagamento mette in moto un procedimento inarrestabile che si conclude, pressoché istantaneamente con l'accreditamento.

Ecco allora che la posizione del creditore riacquista certezza e definitività rispetto alla corrispondente posizione del beneficiario di un bancogiro eseguito nelle forme tradizionali . Da quanto sopra scritto infatti. Quest'ultimo è appeso al buon fine dell'operazione come avviene per qualsiasi altro destinatario di operazioni di moneta scritturale, quello invece, una volta impartito l'ordine, è sicuro che, sotto forma di impulsi elettronici, il proprio patrimonio riceverà (in un lasso di tempo impercettibile) le disponibilità monetarie trasmesse.

La posizione del primo è paragonabile a quella di chi riceve in pagamento un assegno bancario, mentre il secondo risulta indubbiamente più assimilabile a quella in cui si viene a trovare l'*accipiens* di denaro contante.¹⁵⁴

L'impossibilità di intervenire nel corso del procedimento elettronico una volta avviato, determina altresì l'irrevocabilità dell'ordine di pagamento incompatibile con il descritto meccanismo di pagamento elettronico istantaneo ed annulla ogni possibilità in capo alla banca di opporre prima dell'accreditamento eventuali eccezioni relative ai suoi rapporti col beneficiario: la banca potrà agire nei confronti del beneficiario solo dopo l'accreditamento, quando la vicenda solutoria tra quest'ultimo ed il debitore ordinante si è ormai conclusa.¹⁵⁵

¹⁵³ Invio dell'ordine da parte del debitore ordinante, ricevimento dell'ordine da parte della banca, addebitamento del conto del debitore-ordinante, accredito del conto del creditore-beneficiario. A tali momenti se ne possono aggiungere altri se la banca dell'ordinante è diversa da quella del beneficiario, ed altri ancora se nell'operazione intervengono, quali intermediarie altre banche.

¹⁵⁴ Si è condivisibilmente osservato MARTUCELLI, cit, pag 180 (nt 31) che l'eventualità di verificarsi di eventi patologici tra il momento di impartizione dell'ordine e la sua esecuzione è remota e comunque paragonabile, in termini di probabilità, all'eventualità della consegna di monete contraffatte e di banconote falsificate.

¹⁵⁵ Sul Tema si rimanda a GIAMPIERI, *Operazioni telematiche ed irrevocabilità dell'ordine di pagamento*, in dir. Inf. , pag 114 ss, secondo il quale se si considera “ che i trasferimenti *on line*

La contestualità tra l'impartizione dell'ordine e la sua esecuzione, impedisce poi di applicare alla questione circa il momento solutorio nei pagamenti i risultati, cui la dottrina è pervenuta in riferimento alle operazioni di bancogiro .

Se poi si considera che al debitore, una volta impartito l'ordine di pagamento non si richiede altra attività ai fini del trasferimento elettronico di fondi pare riproporsi un ulteriore caso di scissione tra momento liberatorio (dell'obbligo) e momento soddisfattivo del credito, che era stata riscontrata anche riguardo alla fattispecie di cui all'articolo 1 della legge 197 del 1991.

Se in tale fattispecie il debitore si affrancava dal vincolo obbligatorio con la consegna del contante all'intermediario e la comunicazione di quest'ultimo al creditore, mentre il creditore vedeva realizzarsi il proprio interesse nel momento successivo della riscossione della somma oggetto del trasferimento, ora il debitore può considerarsi liberato nel momento in cui impartisce l'ordine all'elaboratore, mentre il creditore soddisfa il proprio interesse nel momento contestuale (ma come sopra ricordato) non contemporaneo) all'accredito elettronico .

Con la fattispecie di cui all'art. 1 la legge 197 del 1991 aveva già subito un duro colpo, configurandosi una forma di pagamento con effetti liberatori per il debitore indipendentemente dalla dazione fisica-materiale di denaro contante nelle mani del creditore, ma se tale dazione era comunque attesa da quest'ultimo per la completa realizzazione del proprio interesse, adesso il creditore si può ritenere pienamente soddisfatto nel momento stesso in cui l'ordine di pagamento si converte in accredito elettronico: in quel momento egli acquista la piena disponibilità delle somme trasferitegli senza che sia necessaria la materiale apprensione dei pezzi monetari.¹⁵⁶

sono pressochè simultanei all'ordine impartito, risulta evidente che la possibilità di revoca viene praticamente annullata. Tale considerazioni hanno con ogni probabilità ispirato la raccomandazione CEE che esclude la revocabilità degli ordini di pagamento effettuati mediante sistemi elettronici"; L'Autore fornisce anche un quadro delle soluzioni prospettate in materia (e per lo più a favore dell'irrevocabilità dell'ordine elettronico di pagamento) nella legislazione comunitaria, francese ed in quella statunitense.

¹⁵⁶ Oltre alla piena disponibilità delle "somme " trasferite si potrebbe attribuire al creditore la titolarità delle stesse laddove si ritenesse di aderire all'opinione secondo la quale "nel deposito bancario si ha una decomposizione del diritto di proprietà il cui contenuto continua a permanere, nonostante il deposito e la perdita formale della proprietà, in capo al depositante, mentre la banca, proprietario formale è in realtà, un mero utente del danaro depositato"; MACCARONE, *Le operazioni della banca tra norma e prassi* , Milano, 1988 pag. 58

5. La moneta elettronica . Efficacia solutoria e rifiutabilità del pagamento virtuale.

Si è sopra evidenziato come il fenomeno in forza del quale per la circolazione della ricchezza non occorre alcuno spostamento di monete metalliche o banconote, e che funziona non attraverso la detenzione o la consegna di pezzi monetari, bensì attraverso la titolarità ed il trasferimento di astratte disponibilità monetarie.

Il maggiore ostacolo ad una considerazione della moneta elettronica o digitale, come moneta secondo il diritto e ad una qualificazione giuridica dei trasferimenti elettronici di fondi in tempo reale come atti di adempimento delle obbligazioni pecuniarie, è la norma contenuta nel primo comma dell'articolo 1277 c.c.

Tale disposizione attribuisce alla moneta legale l'attitudine ad estinguere l'obbligazione pecuniaria. Viene cioè conferita al denaro contante la qualità di mezzo di pagamento legalmente non rifiutabile; ciò ha indotto a ritenere il contante quale mezzo di pagamento privilegiato rispetto agli altri mezzi di pagamento ritenuti alternativi.

In altri termini si deve verificare se tali caratteri possano essere attribuiti anche alla moneta elettronica e digitale, per aver essi travalicato, per via normativa o convenzionale, i confini entro i quali erano tradizionalmente relegati.

Per quanto riguarda l'efficacia solutoria, le considerazioni svolte in ordine alla generale accettabilità della moneta elettronica e soprattutto , la considerazione colui che riceve il pagamento si ritiene di regola pienamente e definitivamente soddisfatto, nella consapevolezza di poterla rispendere in quanto tale, prima ed a prescindere da una conversione in denaro contante (ipotesi che probabilmente potrebbe anche non accedere) sembrano consentire l'accesso alla c.d. Moneta legale.

In altri termini si potrebbe ritenere che in via convenzionale a ritenere il pagamento effettuato in via elettronica pienamente e definitivamente soddisfacente dell'interesse del creditore e, dunque, liberatorio per il debitore. Si perverrebbe così a riconoscere convenzionalmente anche alla dazione di moneta elettronica

un'efficacia estintiva dell'obbligazione pecuniaria, pari a quella conseguente della dazione di moneta legale.

Ulteriore ostacolo ai fini del disconoscimento dell'efficacia solutoria del pagamento con moneta elettronica, potrebbe essere ravvisato nella disposizione di cui al terzo comma dell'articolo 1182 c.c. secondo la quale le obbligazioni pecuniarie devono essere adempiute al domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza, salvo che il luogo dell'adempimento non sia determinato convenzionalmente dalle parti o dagli usi. Applicando la stessa norma con la stessa rigidità con cui viene interpretato l'articolo 1277 c.c., si potrebbe infatti sostenere che il pagamento con moneta elettronica comporta una sostituzione dell'esatto domicilio previsto dall'articolo 1182 , terzo comma con altro luogo di adempimento (ad esempio la banca) che, se non stabilito convenzionalmente o secondo gli usi o secondo gli usi, o desunto dalla natura della prestazione o da altre circostanze (art 1182 c.c. primo comma), determinerebbe l'inesattezza della prestazione eseguita. Ecco che il richiamo all'art. 1182 c.c. diviene argomento di rinforzo per quelle tesi che, sulla base del solo art. 1277 c.c. , tendono a negare l'efficacia solutoria alla moneta elettronica.

Sul punto è stato osservato¹⁵⁷ che la banca ben potrebbe essere considerata domicilio del creditore ai sensi del terzo comma dell'articolo 1182 c.c. , relativamente al rapporto in cui è nata quella determinata obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro, ed inoltre con riferimento alla disciplina antiriciclaggio di cui alla legge 197 del 1991, viene introdotto il concetto di “portabilità geografica”.

In altri termini è stato sostenuto da Inzitari che il carattere di obbligazione portable non viene disatteso laddove tale portabilità venga intesa, appunto, quale portabilità meramente geografica, ponendo a disposizione del creditore la somma dovuta nella città in cui egli ha fissato il proprio domicilio.

Inoltre l'obiezione relativa al luogo dell'adempimento viene definitivamente a cadere qualora si considerasse che nei paesi dove il pagamento con moneta elettronica è più diffuso, fenomeno che nel nostro paese si sta gradualmente

¹⁵⁷ INZITARI, *Adempimento delle obbligazioni pecuniarie e disciplina antiriciclaggio*, in *Cont. E Impr.*, cit. pag 938

sviluppando, esiste il sistema di *home banking* (“banca a domicilio”), ossia un fenomeno che prevede che l'elaboratore mediante il quale si dispongono e si ricevono pagamenti sia installato presso l'ufficio, l'abitazione o la società dell'utente. In tal caso “la cassaforte elettronica” attraverso la quale il cliente della banca preleva e riceve “virtualmente” denaro virtualmente si troverebbe non presso la banca bensì al domicilio del creditore.

Concentrando l'attenzione sull'irriifiutabilità, aderendo ad una impostazione formalistica, si potrebbe sostenere che le disponibilità monetarie ricevute sotto forma di impulsi elettronici, non possono essere considerate moneta per il diritto, proprio per il fatto che possono comunque essere rifiutate dal creditore che pretenda un pagamento in contanti.

Tale ricostruzione fondata su una discussa interpretazione dell'articolo 1277 c.c. , se qualche anno fa potevano essere reputate decisive al fine di negare alla moneta elettronica la qualifica di moneta per il diritto¹⁵⁸, attualmente appaiono aver perduto la loro ragion d'essere a causa di un provvedimento legislativo emanato in vista di obiettivi di politica economica e criminale “ assume una enorme e a volte sottovalutata rilevanza civilistica”¹⁵⁹

Con la La legge 197 del 1991, ed il divieto stabilito all'articolo 1 di trasferire il denaro contante quando la somma da trasferire è complessivamente superiore a venti milioni di lire, la moneta legale viene a perdere il suo carattere di irriifiutabilità¹⁶⁰

In effetti tale portata civilistica era ancora più dirompente nel decreto legge 3 maggio 1991 n. 143 laddove all'articolo 1, poi modificato in sede di conversione, conteneva una elencazione di mezzi che dovevano sostituire il pagamento con denaro contante e che pertanto non richiedevano il consenso del creditore¹⁶¹.

¹⁵⁸ Pur aderendo a tale impostazione di tipo formalistico conservativo la cassazione già a partire dal 1980 – (Cass. 3 Luglio 1980 n. 4205, in Foro it, cit, con nota di PARDOLESI) sostiene che il principio stabilito appare “ in contrapposizione anacronistica con il dinamismo dei rapporti nella società moderna”

¹⁵⁹ Così si esprime MARTUCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*” cit. pag. 203

¹⁶⁰ SICCHIERO, *Adempimento delle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*, p. 86 s.

¹⁶¹ Si veda FANTOZZI L. , *Il trasferimento elettronico dei fondi*, cit. p. 1126 e 1127: l'art. 1 comma 1 del D.L. 143 del 1991 così recitava Art- 1 *Limitazione all'uso del contante e dei titoli al portatore*

1. Il trasferimento nell'ambito del territorio nazionale di somme in lire o valuta estera, effettuato a qualsiasi titolo tra soggetti diversi, quando il valore da trasferire è complessivamente

Anzi per pagamenti di tale ammontare, è la moneta elettronica a diventare irrifutabile, determinando un trasferimento di fondi conforme a quanto precisato dalla legge 197 del 1991.¹⁶²

In considerazione della richiamata specialità della normativa, dato il suo carattere di eccezionalità, la disposizione di cui all'articolo 1 della sopra ricordata, non può essere applicata analogicamente per i pagamenti di importo inferiore a quello indicato.

E' stato però sottolineato¹⁶³ come si sia aperta una breccia in quello che a ragione può essere definito uno dei baluardi del tradizionale concetto giuridico di moneta, così come desunto dalla interpretazione dell'art. 1277 del c.c.

Ciò significa che, se da un lato è vero che il pagamento in contanti continua ad essere irrifutabile nelle “norcinerie di quartiere”¹⁶⁴ dall'altro è incontestabile che per le transazioni di maggiore rilievo economico, la vera moneta legale è la moneta elettronica.

In ogni caso, dalla non rifiutabilità del pagamento in moneta legale nelle transazioni di piccolo importo, desunta dall'art. 1277, non si può fare discendere l'ulteriore principio secondo il quale il creditore possa comunque pretendere dal debitore tale pagamento, rifiutando quello effettuato con altri mezzi, anche quando tale rifiuto non sia supportato da un giustificato motivo, valutabile dal giudice alla stregua dei principi di correttezza e buona fede¹⁶⁵

superiore a lire 20 milioni deve essere effettuato per contanti per il tramite degli intermediari abilitati di cui all'articolo 4 o, su accordo delle parti, con uno dei seguenti mezzi: a) assegno bancario o postale recante l'indicazione del nome o della ragione sociale del beneficiario e la clausola di non trasferibilità; b) assegno circolare non trasferibile o titoli similari, comprese le fedi di credito; c) carta di credito o di pagamento; d) ordine di pagamento per il tramite degli intermediari abilitati di cui all'articolo 4; e) altri mezzi equivalenti determinati con decreto del Ministero del tesoro, di cui viene data comunicazione alle competenti commissioni parlamentari”.

¹⁶² Si è condivisibilmente sottolineato, CARBONETTI, voce *Moneta*, in *dizionari del diritto privato*, a cura di NATALINO IRTI, cit p. 402 come sia lo stesso legislatore ad aver previsto in tema di obbligazioni pecuniarie, la possibilità che leggi speciali introducano principi in contrasto con quelli impliciti ed espliciti della disciplina codicistica: l'art. 1281, I comma, cod. civ., rubricato *leggi speciali*, infatti così dispone: “Le norme che precedono si osservano in quanto non siano in contrasto con i principi derivanti da leggi speciali”;

¹⁶³ MARTUCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, cit, p. 205

¹⁶⁴ Così in maniera suggestiva si esprime MARTUCELLI p. 205

¹⁶⁵ MAGAZZÙ voce “*Pagamento*” in *dizionari del diritto privato* a cura di Natalino Irti cit. pag 535 ss, il quale pone in rilievo l'essenzialità del fatto che “il creditore venga comunque a conseguire la disponibilità giuridica del bene denaro”

Sezione III

Problemi aperti e considerazioni conclusive

1. Problemi aperti : il luogo del pagamento

Come sopra ricordato l'art. 1182 c.c. disciplina il luogo dell'adempimento delle obbligazioni.¹⁶⁶ Le norme contenute in tale articolo hanno carattere dispositivo, trovando applicazione qualora le parti non abbiano diversamente pattuito un particolare luogo oppure qualora il luogo dell'adempimento non possa desumersi dagli usi o dalla natura della prestazione.

Con riferimento alle obbligazioni pecuniarie, l'art. 1182 c.c. al terzo comma dispone che "L'obbligazione avente per oggetto una somma di danaro deve essere adempiuta al domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza". A tale disposizione, tuttavia, il legislatore successivamente aggiunge che "Se tale domicilio è diverso da quello che il creditore aveva quando è sorta l'obbligazione e ciò rende più gravoso l'adempimento, il debitore, previa dichiarazione al creditore, ha diritto di eseguire il pagamento al proprio domicilio".

Siffatta ultima eccezione trasforma l'obbligazione pecuniaria da obbligazione *portable*¹⁶⁷ ad obbligazione *quéérable*¹⁶⁸. Essa è frutto dell'applicazione da parte

¹⁶⁶ Mentre l'attuale codice usa l'espressione "*luogo dell'adempimento*", l'art. 1249 del codice civile del 1865 utilizzava l'espressione "*luogo di pagamento*", denominazione ancora utilizzata nel code civil (art. 1247); anche nel BGB (par. 270) viene utilizzata l'espressione "luogo di pagamento" solo però con riferimento alle obbligazioni pecuniarie, mentre più in generale viene utilizzata l'espressione "*luogo della prestazione*" (par. 269). Tale mutamento di espressioni nel diritto italiano trova giustificazione nel fatto che il legislatore del 1942 ha disciplinato all'art. 1182 non solo il luogo dell'adempimento delle obbligazioni di dare e di quelle aventi ad oggetto somme di danaro, ma il luogo dell'adempimento di qualsiasi specie di obbligazione

¹⁶⁷ Si ricorda che nelle obbligazioni c.d. *quérables*, è il creditore che si deve adoperare per ottenere, presso il domicilio del debitore, la prestazione dovuta; nelle obbligazioni c.d. *portables*, invece, grava sul debitore l'onere di far pervenire la prestazione nella concreta disponibilità del creditore, presso il suo domicilio. Si parla anche di modello "misto" di obbligazione, che non può essere né *quéérable* né *portable*, qualora il debitore sia liberato con il semplice avvio a destinazione della prestazione dovuta, dovendo sopportare però il rischio del mancato raggiungimento del risultato. Su questo punto, cfr. Di Majo, *L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1993, 114

¹⁶⁸ Sotto il vigore del codice civile del 1865 l'obbligazione pecuniaria era, come tutte le altre, una obbligazione *quéérable*, in ossequio al principio del *favor debitoris*. La regola secondo la quale il luogo dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie è il domicilio del creditore, è stata

del legislatore del principio di buona fede: se il pagamento diventa troppo gravoso per il debitore, questi può adempiere al proprio domicilio ed il creditore dovrà recarsi presso quest'ultimo per ricevere la prestazione in ossequio al dovere di correttezza che impone al creditore di collaborare nell'esecuzione del rapporto obbligatorio, un rifiuto da parte del creditore di recarsi presso il domicilio del debitore per ricevere il pagamento sarebbe infatti contrario al principio di correttezza.

Tale disposizione dunque, come tutte le altre, può essere interpretata ed integrata secondo i canoni imposti dal principio di buona fede, e l'appena indicata eccezione prevista dal legislatore lo conferma.

Ciò consente, qualora ne ricorrano i presupposti, di considerare ammissibile un'interpretazione che consideri valido l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria in un luogo diverso dal domicilio del creditore. Così, ad esempio, nell'ipotesi di pagamento mediante consegna di assegno circolare, il creditore deve presentarsi presso una filiale del proprio istituto di credito per riscuotere la somma indicata. Ciò tuttavia, non può considerarsi particolarmente gravoso per il creditore sol che si consideri che ciascun soggetto è ormai titolare di un conto corrente bancario presso un istituto di credito a mezzo del quale pressoché quotidianamente effettua operazioni di trasferimento di somme di danaro.

Ma non solo. A tale conclusione si può giungere attraverso un'altra via interpretativa che prescinde dal principio di buona fede, e che invece trova il proprio fondamento in una breve riflessione sul concetto di domicilio.

L'art. 43 c.c. dispone che per domicilio deve intendersi il luogo in cui una persona ha stabilito la sede dei suoi affari ed interessi. Tradizionalmente¹⁶⁹ si afferma che con l'espressione affari ed interessi si deve intendere la generalità dei rapporti materiali ed economici, morali, sociali e familiari. Anzi, la Corte di Cassazione¹⁷⁰, ha precisato che si intende con domicilio il luogo in cui la persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari ed interessi, che non va individuato solo con

successivamente adottata nel codice civile del 1942. Nella Relazione al libro delle obbligazioni, viene giustificato l'abbandono del criterio del *favor debitoris* con ragioni di carattere pratico derivanti dalla contemporanea emersione di nuovi mezzi di pagamento diversi dalle monete e dalle banconote

¹⁶⁹ Cfr Cass., 20 luglio 1999, n. 7750

¹⁷⁰ Cass., 8 marzo 2005, n. 2006

riferimento ai rapporti economici e patrimoniali, ma anche ai suoi interessi morali, sociali e familiari. Ragionando a contrario, se la Cassazione ha dovuto effettuare tale precisazione, pare corretto pensare ad una tradizionale interpretazione della nozione di domicilio quale centro dei rapporti economici e patrimoniali¹⁷¹ di un soggetto. Per questi ultimi, non può certo ormai più farsi riferimento all'anacronistico domicilio anagrafico, quanto piuttosto al luogo in cui il creditore pecuniario ha la disponibilità della propria liquidità monetaria, ovverosia l'istituto di credito il quale conserva e movimentata tale disponibilità. Il domicilio del creditore pecuniario potrebbe dunque essere considerato l'istituto di credito presso il quale usualmente il creditore intrattiene i propri rapporti economici.

In ogni caso, non va dimenticato che il domicilio del creditore quale luogo di adempimento dell'obbligazione pecuniaria è criterio suppletivo rispetto ai principali criteri della volontà delle parti e della natura della prestazione (art. 1182, comma 1°, c.c.). Se l'adempimento di una obbligazione pecuniaria viene eseguito mediante uno strumento alternativo di pagamento, quale l'assegno, si può ragionevolmente ritenere che il luogo di adempimento sia la banca presso la quale il creditore riscuote la somma indicata, in linea con il criterio che richiama la natura della prestazione¹⁷², senza dunque riscontro di alcuna violazione della norma di cui all'art. 1182, comma 3°, c.c.

Si è sottolineato¹⁷³ che i criteri enucleati dalle disposizioni sopra ricordate, sono in linea con quanto previsto al primo comma dell'art 1182 c.c., che utilizza la regola della “natura della prestazione” che deve essere stabilita anche facendo riferimento alla natura del mezzo di pagamento adoperato.

Ove non si applichino i criteri sopramenzionati, si possono contrapporre due soluzioni: quella modellata sul sistema francese (art 1247 c.c. fr) secondo cui anche per i debiti di denaro¹⁷⁴ non si applica il principio della portabilità oppure quella opposta di natura anglosassone, più attenta alle esigenze del traffico commerciale, in forza del quale il debitore “*shall seek out the creditor*”.

¹⁷¹ Cass., 8 marzo 2005, n. 2006

¹⁷² Su tale punto, si veda Montuschi, *Del domicilio e della residenza*, (artt. 43-78), in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1970, 17, secondo il quale il concetto di domicilio ha una valenza esclusivamente patrimoniale allorché domicilio e residenza non coincidono.

¹⁷³ DI MAJO, *le obbligazioni pecuniarie*, cit, p. 293

¹⁷⁴ “*les dettes sont quérables et non portables*”

Quest'ultima è l'opzione che risulta essere adottata anche nel nostro ordinamento¹⁷⁵ dal momento che l'articolo 1182 comma terzo stabilisce che le obbligazioni pecuniarie vanno adempiute al domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza. Nella relazione al libro delle obbligazioni, l'abbandono del tradizionale criterio del *favor debitoris*, viene giustificato per il fatto che con i mezzi di pagamento oggi a disposizione di tutti, diviene più agevole per il debitore l'adempimento al domicilio del creditore che non a questi di ottenere il pagamento al domicilio del debitore.

Se tale è la ragione, risulta coerente l'eccezione prevista al secondo comma dell'articolo 1182, in forza della quale se il domicilio del creditore è diverso da quello che il creditore stesso aveva nel momento in cui è sorta l'obbligazione e ciò renda più gravoso l'adempimento, il debitore, previa dichiarazione fatta al creditore, ha diritto di eseguire il pagamento al proprio domicilio.

Tale regola ha importanti conseguenze di carattere processuale¹⁷⁶ e costituisce un'ipotesi di mora *ex re* ove l'obbligazione pecuniaria sia assistita dal termine per il pagamento. Autorevole dottrina ha ritenuto che, per le obbligazioni pecuniarie la decorrenza degli interessi non sarebbe altro che una conseguenza automatica del ritardo che il credito deve sopportare per il godimento della somma dovuta¹⁷⁷

La regola che si evince dal terzo comma dell'articolo 1182 c.c., non sembra tenere conto del fatto che l'obbligazione pecuniaria non è assimilabile ad una qualsiasi obbligazione di dare avente ad oggetto cose fungibili.

Lo schema di una prestazione che debba essere eseguita materialmente al domicilio del creditore non si adatta perfettamente al debito di denaro. Il problema dell'individuazione del luogo del pagamento nei debiti di denaro sia un'espressione che va al di là di quella riguardante l'individuazione del luogo in cui dovrà avere materiale esecuzione la prestazione dovuta.

¹⁷⁵L'abrogato articolo 1249 del c.c. del 1865, adottava invece la soluzione opposta.

¹⁷⁶In forza dell'articolo 20 c.p.c., il creditore potrà azionare la propria pretesa innanzi al giudice del luogo in cui ha il proprio domicilio. Preoccupazioni riguardanti un eccessivo *favor creditoris* erano nel codice di commercio tedesco del 1861, ove era statuito che la regola della portabilità del debito non avrebbe modificato il principio la regola in forza della quale luogo di adempimento, al fine della competenza giudiziaria, doveva ritenersi il domicilio del debitore.

¹⁷⁷INZITARI, *Interessi legali e maggior danno*, in *Politica del diritto*, 1979, 548 ss

Tenendo conto di questo aspetto, il codice civile tedesco distingue tra *Leistungsort*, luogo di esecuzione della prestazione dovuta, (§269) e il luogo del pagamento, *Zahlungsort*, (§270).¹⁷⁸

E' stato osservato,¹⁷⁹ che il rapporto tra queste due prescrizioni può riuscire difficilmente comprensibile ove non si tenga conto dell'esigenza cui la normativa del luogo del pagamento intende soddisfare. Questa esigenza attiene all'assunzione del rischio a carico del debitore per il mancato conseguimento della somma. Tale esigenza, va messa in relazione con la funzione economica svolta dall'obbligazione pecuniaria, che ha ad oggetto non il trasferimento di cose in proprietà del creditore, ma la disponibilità di un valore patrimoniale.

Il sopra ricordato principio in forza del quale l'obbligazione va adempiuta al domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza, ha come conseguenza che il debitore sarà liberato solo quando il creditore potrà concretamente disporre della somma di denaro. Un analogo principio non vale per il trasferimento di cose, ove è possibile che il rischio passi al creditore anche prima che le cose.

La soluzione adottata nel nostro codice (art 1182 comma 3) è invece più severa per la condizione del debitore.¹⁸⁰

Un'interpretazione rigorosa porta a ritenere inadempiente il debitore nell'ipotesi in cui la somma dovuta non pervenga tempestivamente nella disponibilità del creditore. Sarà onere del debitore dimostrare che il ritardo è dovuto a causa a lui non imputabile e ciò al fine di escludere l'elemento soggettivo dell'inadempimento. A Tale argomento si aggiunge che sembra difficile nell'ordinamento italiano distinguere tra “luogo dell'adempimento” e “ luogo di esecuzione della prestazione”, in considerazione del fatto che le due espressioni ricorrono in maniera sovrapponibile nella rubrica e nel testo dell'articolo 1182 c.c., né su questo punto sono rinvenibili apprezzabili spunti dottrinali.

Lo schema dell'obbligazione *portable* è quello preferito dalla convenzione europea sul luogo del pagamento nelle obbligazioni pecuniarie del 1972. In

¹⁷⁸ Per quanto riguarda il luogo del pagamento. Il codice tedesco dispone che il debitore deve fare pervenire a suo rischio e a sue spese la somma dovuta, ma dispone altresì che debbono osservarsi anche le disposizioni sul luogo della prestazione.

¹⁷⁹DI MAIO *le obbligazioni pecuniarie*, . p. 294

¹⁸⁰In questo senso DI MAJO, *le obbligazioni pecuniarie*, op. cit. 296.

mancanza di contraria pattuizione o di uso, l'obbligazione pecuniaria deve essere adempiuta nel luogo dove il creditore ha la propria residenza abituale al momento del pagamento (non della scadenza). Il richiamo dello schema dell'obbligazione *portable* addossa al debitore il rischio sia della perdita ma anche del ritardo nell'arrivo a destinazione della somma. . La raggiunta conclusione non trova ostacolo nell'art. 1182 del codice civile che ha riguardo al luogo dell'adempimento.

Sul punto si deve ricordare come la giurisprudenza della Cassazione nella famosa decisione a Sezioni Unite numero 26617 del 2007, sottolinea come l'obbligazione pecuniaria non sia assimilabile all'obbligazione di dare cose fungibili, e non risulta dunque perfettamente adattabile lo schema di tale tipo di obbligazione, mentre assume rilevanza l'interesse del creditore alla giuridica disponibilità della somma piuttosto che il mero possesso di pezzi monetari fenomeno ormai privo di rilevanza economica.

In questa prospettiva il concetto di domicilio del creditore non coincide con il suo domicilio anagrafico soggettivamente riconducibile alla persona fisica, ma deve essere oggettivizzato e può individuarsi nella sede (filiale, agenzia o altro) della banca presso la quale il creditore ha un conto.

In sostanza , come è stato sottolineato¹⁸¹, i giudici della Corte di Cassazione ritengono che debba essere accolta una nozione di domicilio del creditore piuttosto ampia, almeno tanto estesa da comprendere la sede della banca d'appoggio. L'ostacolo della portabilità risulterebbe quindi superato. La dottrina che si è occupata del problema¹⁸² ha evidenziato come la portabilità del debito pecuniario non sia da considerare un ostacolo ad un pagamento effettuato presso la banca, in considerazione che la “portabilità” assurgerebbe ad elemento naturale del rapporto obbligatorio , derogabile in presenza di una differente prassi.¹⁸³

¹⁸¹DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, cit. p. 146

¹⁸²POGGI, *L'assegno circolare come mezzo di pagamento*, in *Riv, dir, com.* 1983, I, 123

¹⁸³Coerentemente con tale ricostruzione, l'articolo 1182 c.c. detta regole che valgono solo se “ il luogo nel quale la prestazione deve essere eseguita non è determinato dalla convenzione o dagli usi e non può desumersi dalla natura della prestazione o da altre circostanze”.

In questa prospettiva, la regola della portabilità assumerebbe un valore del tutto residuale a fronte di un prevalere di un sistema consuetudinario diversamente orientato.

Un'ulteriore ricostruzione¹⁸⁴ sottolinea come non si pone neppure un problema di derogabilità alla regola della portabilità del debito pecuniario per chi in esso veda la struttura di un'obbligazione alternativa: in tale ipotesi infatti la modalità alternativa di estinzione del debito, cioè con moneta scritturale, porterebbe con sé la regola sul luogo dell'adempimento differente rispetto a quella posta dall'articolo 1182 c.c.

Il Complesso dei problemi collegati all'adempimento della prestazione pecuniaria è stato oggetto di riconsiderazione da parte dei giudici della corte di Giustizia europea.¹⁸⁵ I giudici sono intervenuti per pronunciarsi in via pregiudiziale sulla conformità dei §§ 269 e 270 in tema di luogo dell'adempimento e del § 286 sulla mora del debitore rispetto alla direttiva n 35 del 2000 sui ritardi del pagamento nelle transazioni commerciali.

La questione che ha innescato la decisione dei giudici lussemburghesi, aveva ad oggetto la domanda di interessi di natura moratoria, avanzata da un'impresa nei confronti di un'altra impresa, per il ritardato pagamento di un corrispettivo in denaro dovuto per la prestazione di servizi.

In tema di luogo dell'adempimento, risultano assai interessanti anche i *Principi acquis* che con il proposito di compiere una ricognizione del diritto comunitario vigente, stabiliscono che proprio e soltanto le obbligazioni pecuniarie debbano essere eseguite al domicilio o alla sede dell'impresa dell'impresa del creditore al momento della conclusione del contratto.

Alla luce dei rilievi effettuati, si può dunque a nostro parere superare l'affermazione secondo la quale l'estinzione dell'obbligazione pecuniaria attraverso la consegna di un assegno possa considerarsi in violazione della norma di cui all'art. 1182, comma 3°, c.c.

¹⁸⁴FARENGA, *La Moneta bancaria*, Torino, 1997 72 s.

¹⁸⁵Si fa riferimento alla decisione della Corte europea di giustizia del 3 aprile 2008 c-306/06 01051 Telecom GmbH/Deutsche Telekom ed il commento di Venuti, Pagamento mediante versamento su conto bancario e mora debendi nella disciplina in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in *Europa e dir. Priv.*, 1029 ss.

Sempre in tema di luogo dell'adempimento, un cenno infine deve essere fatto al comma 7° dell'art. 1 della legge 197 del 1991 dal momento che tale ipotesi costituisce sicura deroga alla previsione di cui al terzo comma dell'articolo 1182 c.c.

E' infatti stabilito che il richiedente un assegno circolare destinato al pagamento e regolarmente munito della clausola di non trasferibilità possa, previa restituzione del titolo, domandare alla banca emittente il ritiro della provvista nel caso in cui tale assegno non venga utilizzato.

Per somme superiori al limite previsto dalla citata legge 197 del 1991 dunque, la legge vieta che il pagamento avvenga direttamente tra le parti mediante la classica operazione di dazione di danaro contante, imponendo l'intervento di intermediari autorizzati (che nella pratica sono solitamente istituti di credito) per l'effettuazione di tali tipologie di operazioni.

Appare evidente quanto anacronistico sia, alla luce del contemporaneo mondo degli affari e della circolazione economica, tale complicato meccanismo delineato dal legislatore.

Da un punto di vista operativo, tale trasferimento necessita dell'accettazione per iscritto, previa consegna della somma di danaro, da parte dell'intermediario, il quale peraltro può anche decidere di rifiutare tale incarico. Una volta intervenuta tale accettazione, il creditore ha diritto di ottenere dall'intermediario il pagamento a decorrere dal terzo giorno lavorativo successivo a quello dell'accettazione, nella provincia del proprio domicilio.

Pare chiaro che tale disposizione costituisce un'ulteriore deroga al principio generale di diritto comune (art. 1182, comma 3°, c.c.) che vuole l'obbligazione pecuniaria quale obbligazione *portable* da adempiersi, quindi, a domicilio del creditore. L'intermediario, infatti, non è tenuto a consegnare la somma di danaro al creditore presso il suo domicilio, ma è soltanto tenuto a mettere a disposizione del creditore tale somma nella *provincia* in cui egli ha domicilio. Sarà successivamente il creditore a doversi attivare per recarsi presso il luogo indicato dall'intermediario per ritirare la somma di danaro. Quindi, così come per riscuotere l'importo indicato in un assegno, anche per ricevere l'importo in danaro contante il creditore è costretto a recarsi in un ufficio dell'intermediario.

2. Problemi aperti (segue): tempestività dell'adempimento e momento estintivo dell'obbligazione alla luce del criterio della bf.

Qualche incertezza potrebbe rimanere circa il momento in cui l'obbligazione pecuniaria deve considerarsi estinta. Da un lato, l'obbligazione potrebbe considerarsi estinta nel momento in cui l'assegno circolare entra in possesso del creditore; dall'altro lato, l'obbligazione potrebbe intendersi estinta quando il creditore incassa l'importo indicato nell'assegno (e, in ogni caso, non quando questo viene spedito) e ciò in considerazione non della norma che disciplina la prestazione in luogo dell'adempimento, per la quale l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita, ma semplicemente perchè è questo il momento in cui il creditore ottiene la soddisfazione del proprio credito e può quindi disporre della somma di danaro attribuitagli dal creditore.

Un'argomentazione a sostegno della prima ipotesi può trarsi da una pronuncia giurisprudenziale¹⁸⁶ nella quale i giudici, pur statuendo la natura di prestazione in luogo dell'adempimento dell'operazione, hanno affermato che, una volta ottenuto il consenso del creditore, il debitore deve intendersi liberato nel momento in cui consegna l'assegno circolare nelle mani del creditore.

Particolarmente significativa sul punto è anche una pronuncia del Tribunale di Catania¹⁸⁷ in cui i giudici, ribadendo e spiegando la differenza tra pagamento mediante assegno circolare e pagamento mediante assegno bancario, hanno

¹⁸⁶ In questo senso, Cass., sez. lav., 6 luglio 1991, n. 7490, in cui è stato affermato che *"L'emissione di un assegno circolare (ancorché non trasferibile), costituendo una prestazione diversa da quella oggetto della obbligazione pecuniaria, ha effetto liberatorio solo in quanto il creditore acconsenta all'emissione stessa, la quale, ai sensi dell'art. 22, d.p.r. 18 dicembre 1979, n. 696 (relativo alla contabilità degli enti pubblici), presuppone la richiesta scritta del creditore, l'effetto liberatorio conseguendo, peraltro, non alla mera emissione del titolo ma alla consegna dello stesso al creditore; pertanto, la legittimazione passiva del debitore, chiamato ad adempiere l'obbligazione pecuniaria, permane ove il medesimo si limiti a sostenere di essersi liberato attraverso l'emissione di un assegno circolare non trasferibile d'importo pari alla somma dovuta, atteso che tale emissione, anche ove i rischi di smarrimento o sottrazione del titolo debbano essere addossati alla banca emittente, è di per sé sola inidonea a liberare l'originario debitore, comportando unicamente l'affiancarsi a questo della banca medesima come nuovo debitore"*. *Contra*, tuttavia, Cass., sez. un., 16 aprile 1984, n. 2438 ove è stato affermato che l'accettazione degli assegni da parte del creditore implica il suo consenso a tale modalità di pagamento, ma l'effetto liberatorio si produce solo nel momento della riscossione dei titoli

¹⁸⁷ Trib. Catania, 30 novembre 1987, in Banca. Borsa e tit. cred., 1989, II, 193. In dottrina, MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e dei titoli cambiari*, Napoli, 1979, 533, nota 1

statuito che *"Il pagamento di una somma di denaro attraverso assegni bancari, ancorché circolari, concretando un fenomeno di prestazione in luogo dell'adempimento ex art. 1197 c.c. (datio in solutum), dà luogo all'adempimento solo al momento della recezione del titolo da parte del creditore, con contestuale e definitiva efficacia liberatoria nel caso di assegno circolare, e con efficacia liberatoria postergata alla realizzazione della clausola "salvo buon fine" nel caso di assegno bancario"*.

Tuttavia, ci sembra più corretta la tesi secondo la quale l'estinzione dell'obbligazione pecuniaria si verifica nel momento in cui il creditore riscuote la somma di danaro indicata nell' assegno circolare in quanto è questo il momento in cui per il creditore tale somma diviene effettivamente disponibile e quindi viene soddisfatto il suo interesse alla prestazione¹⁸⁸.

Resta in ogni caso fermo che, indipendentemente dall'orientamento cui si voglia aderire, il rischio della mancata consegna dell'assegno circolare al creditore ricade sul debitore e quindi l'obbligazione non potrà mai ritenersi estinta qualora l'assegno, prima che sia giunto nelle mani del creditore, venga trafugato ed incassato da ignoti.

Per quanto riguarda le obbligazioni di rilevante importo, ai sensi di quanto disposto dal comma 1°-ter dell'art. 1 della l. 197/1991, la comunicazione da parte del debitore al creditore dell'accettazione dell'intermediario produce l'effetto di cui al comma 1° dell'art. 1277 c.c. e, nel caso di mora del creditore, anche gli effetti del deposito di cui all'art. 1210 c.c.

Pur se larga parte della dottrina ritiene che tale disposizione sia da interpretarsi nel senso che l'obbligazione si estingue¹⁸⁹ con la comunicazione del debitore al creditore dell'avvenuta accettazione da parte dell'intermediario, tuttavia si deve considerare di aderire alla tesi, più rispondente, ai principi generali che governano l'adempimento delle obbligazioni, secondo la quale la liberazione del

¹⁸⁸ Così anche INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in questa *Banca botsa e tit-cred.*, 2007, I, 133, con riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza tedesca più recente

¹⁸⁹ L'accoglimento di tale opinione comporta quale conseguenza che con la liberazione del debitore a seguito della comunicazione al creditore dell'accettazione scritta da parte dell'intermediario, i rischi di una mancata consegna del danaro, eventualmente inoltrato dall'intermediario, ricadono sullo stesso intermediario anziché, secondo i principi di diritto comune, sul debitore

debitore non consegue automaticamente alla comunicazione dell'accettazione da parte dell'intermediario, bensì al "*buon fine*" dell'operazione. E ciò anche perché l'adesione alla prima delle tesi esposte comporta la conseguenza di dover negare il verificarsi dell'effetto estintivo dell'obbligazione qualora il creditore venga materialmente in possesso della somma di danaro indipendentemente dall'effettuazione di qualsivoglia comunicazione da parte del debitore. Oltremodo, sempre dall'adesione a tale tesi, consegue la possibilità di affermare l'avvenuta estinzione dell'obbligazione indipendentemente dall'effettiva apprensione da parte del creditore della somma di danaro e quindi a prescindere dal buon esito dell'operazione, conclusione che, come è evidente, non può essere ritenuta corretta, oltre alla considerazione, infine, che l'impossibilità della prestazione derivante da causa imputabile all'intermediario ricade impropriamente in capo al creditore.

L'imperatività dei divieti disposti da tale disciplina e l'apparato sanzionatorio che accompagna la loro violazione, oltre alle ragioni di fondo che hanno condotto all'emanazione di tale legge e che la sottintendono, sono tali da poter far concludere che il creditore può legittimamente rifiutare un'offerta di pagamento effettuata dal debitore con modalità differenti da quelle disciplinate, e dunque anche quella della diretta consegna di danaro contante secondo la disciplina del diritto comune delle obbligazioni, senza correre il pericolo di poter incorrere nella mora.

L'art. 1206 c.c., infatti, nel dettare le condizioni della mora del creditore, stabilisce che il creditore è in mora quando, "senza motivo legittimo", non riceve quanto gli viene offerto dal debitore nei modi indicati dalla legge. A fronte di un'offerta di adempimento *contra legem* proveniente dal debitore, il rifiuto del creditore ben concretizza un legittimo rifiuto, tale da escludere la possibilità per il debitore di costituire il creditore in mora, secondo le regole di cui agli artt. 1206 ss. c.c., rimanendo così il rischio della sopravvenuta impossibilità della prestazione a carico di egli stesso debitore.

Ma v'è di più, Ad un'offerta del debitore non eseguita secondo le disposizioni di legge consegue che il debitore stesso potrà essere considerato in mora non potendo integrare un'offerta di tal fatta la fattispecie dell'offerta non formale

disciplinata dall'art. 1220 c.c., che consentirebbe di escludere la mora del debitore, in quanto il rifiuto da parte del creditore dell'offerta eseguita dal debitore in violazione delle disposizioni di cui alla l. n. 197 del 1991 costituirebbe, ancora una volta, un'ipotesi di legittimo rifiuto come richiamato dall'ultimo periodo del citato art. 1220 c.c.

Tuttavia, pur se di tali trasformazioni all'interno della società contemporanea si era dato ampio conto già tempo fa, sottolineando anche allora come la dottrina e la giurisprudenza non fossero state in grado di cogliere il mutamento di tale realtà economica e sociale¹⁹⁰, dobbiamo riscontrare che, se la dottrina ha tentato di adeguarsi a tali mutamenti, la giurisprudenza pare ancora, salvo alcune apprezzabili eccezioni, ancorata a posizioni che si mostrano quanto mai vetuste.¹⁹¹

Pare quindi che quell'indirizzo giurisprudenziale che ancora persevera con una impostazione tradizionale fondata su un'interpretazione rigida e formale del principio nominalistico di cui all'art. 1277 c.c. non abbia ancora accolto gli inviti ad adeguarsi alla mutata realtà. Non solo tale indirizzo giurisprudenziale è a tutt'oggi criticabile perché non tiene conto della diffusione dei pagamenti mediante strumenti alternativi alla moneta - e tra questi, in particolare, gli assegni circolari, per la sicurezza nella circolazione del danaro che garantiscono nonché per la loro praticità - ma anche perché non valorizza l'obbligo di comportarsi secondo buona fede che quanto mai deve dominare la regolamentazione dei rapporti obbligatori. In particolare, si è affermato¹⁹² che l'osservanza di tale obbligo importa che il creditore è tenuto a tollerare che il debitore esegua una prestazione diversa da quella prevista se ciò non pregiudica il proprio interesse in modo apprezzabile.

¹⁹⁰INZITARI La moneta cit., p. 59

¹⁹¹In questo senso, testualmente, le parole di INZITARI *op. cit.*, 53 scrisse che "*L'ampliarsi delle (...) forme di liquidità bancaria e il parallelo imponente sviluppo di molteplici, differenziate forme di trasferimento di questa liquidità (per la gran parte collegate al sistema e all'organizzazione bancaria) non hanno trovato adeguata considerazione a livello legislativo e (forse ancor meno) a livello giurisprudenziale, particolarmente per quanto concerne la disciplina positiva del trasferimento del denaro*" e ancora che "*In genere (...) l'atteggiamento in particolare della giurisprudenza è stato contrario, o perlomeno, estremamente cauto quanto alla piena equiparabilità sul piano degli effetti liberatori dei mezzi di pagamento cosiddetti "alternativi" alla dazione di pezzi monetari*".

¹⁹²BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, 509

Ci sembra opportuno a questo punto riassumere quanto precedentemente osservato relativamente alle argomentazioni utilizzate dalla giurisprudenza tradizionale per escludere l'efficacia solutoria del pagamento mediante assegno circolare.

In primo luogo, si ricorda che l'art. 1277 c.c. non è stato previsto con il precipuo fine di escludere dal novero dei mezzi di adempimento delle obbligazioni pecuniarie tutti quelli diversi dalla mera dazione di pezzi monetari, bensì è stato disposto con finalità di protezione della moneta statale, per impedire al creditore di rifiutare il pagamento mediante moneta avente corso legale nello Stato.

In secondo luogo, l'interpretazione secondo buona fede dell'art. 1182, comma 3°, c.c. ammette che l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria possa avvenire in un luogo diverso dal domicilio del creditore, purché per esso non risulti particolarmente oneroso ricevere la prestazione, come dimostra l'eccezione specificatamente prevista dal legislatore nello stesso comma. Per di più, un'interpretazione conforme alla realtà attuale della nozione di domicilio consente di considerare l'istituto di credito al quale ogni soggetto ha affidato le proprie disponibilità patrimoniali il reale domicilio inteso quale centro di affari ed interessi, senza dover più fare riferimento all'ormai anacronistico domicilio anagrafico.

Inoltre, v'è da considerare che l'art. 1197 c.c. parla di prestazione diversa in luogo di quella originariamente pattuita. La corresponsione di un assegno circolare è sempre e comunque dazione di un titolo che rappresenta una somma di danaro. Il punto fondamentale è che non si verifica propriamente l'esecuzione di una diversa prestazione. Ciò che viene trasferito è comunque una somma di danaro, solo che nel caso di consegna di assegno circolare la modalità di esecuzione, non la prestazione in sé considerata, è diversa. Pur non potendo essere considerati effettivamente come moneta, i mezzi alternativi di pagamento, come gli assegni, rappresentano disponibilità di somme di danaro esistenti presso le banche e il loro trasferimento comporta il trasferimento della disponibilità della somma di danaro che essi rappresentano.

Da ultimo, i recenti interventi legislativi, dalla c.d. legge anticiclaggio sino alla più recente norma che vieta il pagamento ai professionisti con danaro contante per

somme inferiori ad una determinata soglia, mostrano una ormai raggiunta sfavorevole considerazione del danaro contante il cui utilizzo sembra ormai destinato a rinchiudersi in ambiti sempre più ristretti.

Tutto questo, inoltre, deve essere valutato alla luce del principio di buona fede, principio che pone un limite all'autonomia dei privati e che deve essere utilizzato come strumento integrativo della loro volontà¹⁹³.

Si deve ritenere, infatti, che il rifiuto del creditore dell'offerta effettuata con mezzi di pagamento diversi dal danaro é contrario a buona fede se tale offerta é quantitativamente esatta e se non vi è un valido motivo che giustifichi tale rifiuto che sia sorretto da un apprezzabile interesse del creditore a ricevere danaro contante. Ciò anche perché si potrebbe considerare onere del creditore quello di preavvertire il debitore che intende accettare il pagamento solamente in moneta contante, in applicazione del principio di correttezza¹⁹⁴

3. Considerazioni conclusive: da una concezione reale ad una concezione virtuale di pagamento

Analizzati dunque i diversi orientamenti formati in giurisprudenza, le caratteristiche dell'assegno circolare e, sia pure nei suoi tratti essenziali, la disciplina dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, pare giunto il momento di riassumere le conclusioni cui si è pervenuti e di delineare le argomentazioni che ci inducono ad aderire all'orientamento meno restrittivo che ammette che il debitore pecuniario possa liberarsi offrendo al creditore il pagamento attraverso assegno circolare, a meno che quest'ultimo non lo rifiuti adducendo un giustificato motivo.

¹⁹³In questo senso, RODOTÀ, *Il principio della correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in questa *Rivista*, 1965, I, 149. Sul tema della buona fede durante l'esecuzione dell'obbligazione si vedano anche STOLFI, *Il principio della buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 175; RODOTÀ, *Appunti sul principio della buona fede*, in *Foro pad.*, 1964, I, 1825

¹⁹⁴ Si ricorda, infatti, in tema di esecuzione del contratto, la buona fede "impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale di *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte": così, testualmente, Cass., 27 settembre 2001, n. 12093. Sul dovere di correttezza come dovere di informare cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in questa *Rivista*, 1961, I, 157 ss

Il danaro si presenta a tutt'oggi quale indifferenziata unità ideale di valore cui l'ordinamento attribuisce le due note fondamentali funzioni di unità di misura dei valori e di strumento idoneo alla liberazione dei debiti pecuniari.

Questo concetto ha percorso nel tempo diverse fasi evolutive. Inizialmente esso consiste in un pezzo monetario oggetto di scambio rappresentativo di un determinato reale valore intrinseco. Con il passare del tempo ed assecondando i mutamenti che si verificano nel mondo economico degli scambi, la capacità di ogni singolo pezzo monetario di esprimere un reale valore intrinseco si attenua sino a scomparire del tutto. La moneta diventa così mera rappresentazione astratta di un ammontare di danaro esistente nelle casse dello Stato che diviene, per così dire, il creatore del danaro in quanto dispone l'emissione della moneta quale mezzo di pagamento legalmente riconosciuto.

Tale trasformazione del danaro in mera *ideal unit* è simbolo e sintomo di una ormai evolutasi considerazione del tutto astratta dell'unità monetaria¹⁹⁵ tale per cui oggetto della prestazione dell'obbligazione pecuniaria non può più, come lo fu in passato, essere considerato l'obbligo di consegna di cose mobili fungibili¹⁹⁶, quanto semmai il trasferimento della disponibilità di un valore patrimoniale espresso in un determinato ammontare.

Tutto ciò ha condotto ad un cambiamento nelle forme di circolazione della ricchezza. I pagamenti mediante monete e banconote sono ormai sempre più rari e circoscritti alle operazioni di consumo più semplici e il possesso di moneta è sempre meno diffuso a favore di trasferimenti di danaro che avvengono mediante modalità telematiche, utilizzazioni di assegni bancari e circolari, carte di credito, bancomat, ecc. che fanno presumere il prossimo raggiungimento di quella *cashless society*, l'avvento della quale si era previsto già ormai diversi anni or sono.

¹⁹⁵ Si rinvia all'ampia ed approfondita trattazione di tali tematiche di INZITARI, 49 ss

¹⁹⁶ INZITARI (nt. 26), 53, il quale, sull'argomento, nelle note n. 12 e 13 rinvia a DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim.*, 1949, 228 e a KASER, *Das geld im Sachenrecht*, in *Arch. Civ. Pr.*, 143 (1937), 1 ss. Sul punto, si veda anche DI MAJO (nt. 28), 29 ss. che al riguardo parla di concezione classica o "reale" del pagamento, successivamente superata dalla prassi costituita dall'utilizzazioni di strumenti di pagamento che non si sostanziano nel trasferimento materiale di pezzi monetari dal debitore al creditore; ID., *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 283

Da quanto sopra scritto ed a seguito degli interventi legislativi di cui si è dato conto, appare ineludibile un ripensamento delle tradizionali categorie giuridiche di “moneta” e di “pagamento”, legate ad una lettura dell'art. 1277 c.c., considerata ormai priva di ogni ragione d'essere e dunque non più condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza più attenta al mutato quadro socio-economico, in forza della quale esclusivamente il denaro contante potrebbe avere i requisiti dell'efficacia solutoria e della irrifutabilità, con la conseguenza che solo l'adempimento effettuato tramite la consegna di denaro contante consentirebbe un effetto liberatorio.

Tale posizione di formalistica intransigenza deve essere ripensata alla luce dello sviluppo sempre maggiore di strumenti alternativi di pagamento, considerati fino a non troppo tempo fa inadeguati a realizzare un adempimento in senso tecnico, ma una prestazione in luogo dell'adempimento ai sensi dell'articolo 1197 c.c. o, più precisamente, una proposta di *datio pro solvendo*, che richiede il consenso del creditore e determina l'estinzione dell'obbligazione (e la conseguente liberazione del debitore), soltanto a riscossione avvenuta.

Tra questi mezzi alternativi, si è distinto tra quelli che realizzano un vero e proprio pagamento, senza la necessità di uno spostamento fisico-materiale di pezzi monetari, e quelli che invece non rappresentano veri e propri strumenti alternativi: l'assegno e la cambiale infatti, non sono immediatamente soddisfattivi dell'interesse del creditore, ma hanno l'effetto di consentire un rinvio della soddisfazione dell'interesse sotteso, al cui ricorrere si realizzerà la liberazione del debitore e la conseguente estinzione dell'obbligazione.

Analogo discorso vale per la carta di credito, la quale assolve la funzione di consentire al titolare l'acquisto di beni o servizi senza il contestuale versamento dei contanti che viene rimandato, ed eseguito da un soggetto terzo. L'utilizzo di tali strumenti, dunque, guarda in avanti e attende il buon fine dell'operazione in cui si realizzerà il vero e proprio pagamento.

Differente rispetto al fenomeno in cui si predispone un sistema di pagamento che permette di differire la *traditio* del denaro contante ad un momento successivo, è quello che consente di pervenire alla realizzazione del diritto del creditore ed all'effettivo svolgimento e concreto soddisfacimento del suo interesse a

prescindere dalla materiale corresponsione della somma oggetto dell'obbligazione: in questo caso il trasferimento non avviene in un momento successivo, ma è sostituito da altro procedimento di eguale efficacia.

Non occorre in questo secondo caso una consegna materiale del denaro contante, ma vi è una *traditio ficta* o virtuale, laddove virtuale è la modalità del trasferimento e non l'effetto dispiegato dal trasferimento stesso, il cui esito è comunque quello della soddisfazione della pretesa creditoria e dell'estinzione del debito.

In altri termini, per usare le parole di Magazzù¹⁹⁷, “il pagamento del debito pecuniario, quali ne siano i modi ed i mezzi, è in ogni caso atto (o più spesso attività) reale” e realizza il diritto del creditore il quale di certo consegue la disponibilità del denaro che gli è dovuto, e tanto è sufficiente per ritenere che il debito venga esattamente adempiuto.

Tra le modalità di circolazione della moneta cosiddetta virtuale, acquista particolare rilevanza il bancogiro o giroconto bancario, mediante il quale il debitore, attraverso l'intermediazione del sistema bancario, trasferisce al creditore astratte disponibilità monetarie. E proprio con riferimento all'operazione di bancogiro si può pervenire ad una vera e propria parificazione fra moneta legale e moneta scritturale nel rapporto tra debitore-ordinante e creditore-beneficiario: l'accredito della somma dovuta sul conto del creditore si sostituisce integralmente alla consegna del denaro contante ed equivale a tutti gli effetti al pagamento.

Tale ricostruzione indubbiamente porta con sé qualche forzatura interpretativa, soprattutto se si tiene conto dell'inevitabile riferimento all'opponibilità da parte della banca delegata nei confronti del creditore-beneficiario delle eccezioni relative al suo rapporto diretto con quest'ultimo, e per lo sfasamento temporale tra ordine di giro, addebitamento del debitore-ordinante ed accredito beneficiario, a causa dei necessari tempi di esecuzione dell'intera operazione.

Come sopra ricordato, l'applicazione delle tecnologie informatiche e telematiche, determina la possibilità di portare a compimento l'operazione di bancogiro, con

¹⁹⁷ MAGAZZÙ, voce “Pagamento”, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di Irti, p. 539 realizza cioè il diritto del creditore il quale di certo consegue la disponibilità del denaro che gli è dovuto, e tanto è sufficiente per ritenere che il debito venga esattamente adempiuto”

una modalità totalmente automatizzata ed “in tempo reale”, ossia senza alcun apprezzabile intervallo tra l'ordine di trasferimento dei fondi e la sua esecuzione.

Il ruolo della banca diviene marginale e la tecnologia può consentire un rapporto diretto tra creditore e debitore ed una conseguente ipotesi solutoria più veloce ed immediata. Per dirla diversamente si ritorna ad una *traditio*, non di monete metalliche e banconote né di documenti incorporanti un credito, bensì *traditio ficta* di astratte disponibilità monetarie, sotto forma di impulsi elettronici.

Questa contestualità, tra pagamento e conseguente addebito accredito dei conti correnti dei soggetti della transazione, può consentire una parificazione tra accredito bancario in tempo reale e consegna di denaro contante.

La moneta digitale (movimentata *on line* ed in tempo reale) , si avvicina sempre più alla moneta cartacea, sia sotto il profilo della sua efficacia solutoria che per l'aspetto della non rifiutabilità.

Realisticamente si può dire che la circolazione della ricchezza, più che trasformarsi in una circolazione esclusivamente elettronica, continuerà ad essere mista: analogamente alla constatazione che la concezione virtuale del pagamento non prende il posto di quella reale, ma si affianca ed aggiunge ad essa, anche la moneta elettronica non arriverà mai a prendere il posto del denaro contante, soprattutto per quanto attiene le transazioni del consumo quotidiano.¹⁹⁸

Non vi sono dubbi però che il sopra descritto fenomeno di marginalizzazione dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante la *traditio* del denaro contante, e l'affermarsi del nuovo sistema dei pagamenti ha in sé i germi di una ennesima mutazione genetica, sul sentiero che porta ad una ulteriore tappa del processo evolutivo della moneta.

¹⁹⁸ MORI , *l'elettronica non arriverà mai a sostituire il ruolo banconota*, cit, pag. 11 secondo cui “l'obiettivo sul quale impegnarsi non è tanto l'utopia della cash-less society, quanto la concreta realtà della less-cash society”.

Bibliografia

- ASCARELLI, *Delle obbligazioni Pecuniarie*, in Comm. Cod. civ. Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1959
- ASCARELLI, *La moneta, considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928.
- ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, (artt. 1277-1284), in *Commentario* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1960.
- ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1951.
- BARBIERA-CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, Milano, 1991.
- BATTELLI, *Il pagamento di obbligazioni pecuniarie attraverso assegno circolare o vaglia postale tra offerta non formale e "inadempimento incolpevole"*, in *Giur. it.*, 2006.
- BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000.
- BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, (art. 1218-1229), in *Commentario* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1980.
- BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983.
- BRANDEL E LÉONARD, *Bank charge cards: new cash or new credit*, Mich. L. rev., 1971.
- CAGGIANO, *Il denaro tra proprietà e credito: le logiche dell'appartenenza*, in *Contratto e Impresa*, 2009.
- CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979.

- CANTILLO, *le obbligazioni*, Torino, 1992, 1322.
- CARBONETTI, voce *Moneta*, in *dizionari del diritto privato*, a cura di NATALINO IRTI CARIMINI, *La liberazione dal debito nelle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*, Napoli, 2000.
- CIAN, *Pagamento*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995.
- CIGLIOLA, *Il pagamento mediante assegni fra orientamenti della giurisprudenza e innovazioni legislative*, in *Contr. e impr.*, 1992.
- COLAIACONO, *L'offerta non formale di adempimento*, in *Contr.*, 2001.
- COSSU, *I pagamenti elettronici*, in *Riv. not.*, 1999.
- DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, cit. p. 146
- DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim.*, 1949.
- DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1994.
- DI MAJO, *L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1993.
- DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979.
- DI MAJO, voce *Pagamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981.
- FANTOZZI, *Il trasferimento elettronico dei fondi*, in *Giur. comm.*, 1992.
- FARENGA, *La Moneta bancaria*, Torino, 1997.
- FERRI, *Bancogiro*, edd , cit p. 34

- FINOCCHIARO G., *Prime riflessioni sulla moneta elettronica*, in *Contratto impresa*, 2001.
- FRIEDMAN, *Money, Mischief: episodes in Monetary history*, 1992.
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, *I titoli di credito in generale*, Padova, 1990.
- GANDOLFI, *la rivalutazione dei crediti pecuniari (nella prospettiva di una codificazione europea)*, Milano, 1998.
- GIACOBBE, *È legittimo corrispondere le somme di cui all'art. 1503 c.c. mediante assegno circolare?*, nota a Cass., 21 giugno 1958, n. 2190, in *Giust. civ.*, 1959.
- GIAMPIERI, *Operazione telematiche ed irrevocabilità dell'ordine di pagamento*, in *Dir. Inf.* 1991.
- GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi e adempimento*, in *Foro it.*, 1990.
- GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963.
- GIORGIANNI, *Pagamento*, in *Noviss. Digesto it.*, Torino, 1965.
- INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2007.
- INZITARI, *Adempimento delle obbligazioni pecuniarie e disciplina antiriciclaggio*, in *Contr. e impr.*, 1993 e ora in *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006.
- INZITARI, *Interessi legali e maggior danno*, in *Politica del diritto*, 1979, 548 ss

- INZITARI, *La moneta*, in *Trattato Galgano*, VI, Padova, 1983.
- INZITARI, *L'antiriciclaggio*, in *Nuove leggi civ.*, 1993.
- INZITARI, *Le funzioni del danaro nella società contemporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, ora in *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006.
- INZITARI, *Limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore*, in *NLCC*, 1993.
- INZITARI, *L'incasso di ricevute bancarie da parte della banca nel corso del concordato preventivo*, in *Riv. dott. Comm.*, 1989.
- INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie* (artt. 1277-1284) in comma Scialoja Branca Bologna-Roma, 2011.
- JEVONS, *Money and the Mechanism of Exchange*, New York, 1875.
- KASER, *Das geld im Sachenrecht*, in *Arch. Civ. Pr.*, 143 (1937).
- LEE, *What's this Checkless all about?*, New York, 1999.
- LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, 2003.
- MACCARONE, *I trasferimenti elettronici di fondi nel diritto italiano*, in *Dir. Inf. Cit.* pag 615.
- MACCARONE, *Le operazioni della banca tra norma e prassi*, Milano, 1988.
- MAGAZZÙ, voce "Pagamento", in *Dizionari del diritto privato*, a cura di Irti,
- MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e dei titoli cambiari*, Napoli, 1979.

- MARTUCCELLI, *Sistemi elettronici di pagamento ed adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Temì rom.*, 1998.
- MARTUCCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, 1998.
- MASI, *Prime note sulla legge "antiriciclaggio"*, in *questa Rivista*, 1992.
- MICHELI-DE MARCHI, *Assegno*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958.
- MISKIN, *The economic of Money Banking and financial Market*, 2001.
- MOLLE, *I titoli di credito bancari*, Milano, 1972.
- MONTUSCHI, *Del domicilio e della residenza*, (artt. 43-78), in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1970.
- NATOLI, *La regole della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi della buona fede*, Milano, 1975.
- NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *questa Rivista*, 1961.
- NICCOLO', voce *Adempimento*, in *Enc. del. Dir.* , Milano, 1957.
- NORTH, *La storia del denaro. Una storia dell'economia e della società europea di oltre mille anni*, Casale Monferrato 1998.
- NUSSBAUM, *Des Geld*, in *Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*, Tübingen, 1925.
- NUSSBAUM, *Money the law, national and international: a comparative study in the Borderline of Law and Economics*, Brooklin, 1950.

- OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica. Brevi note in margine alla direttiva 2000/46/Ce riguardante gli istituti di moneta elettronica*, in *Banca, borsa e tit cred.* 2001.
- PAPI, voce *Moneta* , in *Noviss. Dig. Ita.* 1968.
- PERRONE, *La nuova disciplina italiana sulla moneta elettronica: un'introduzione*, in *Studium iuris*, 2003.
- PICCININI, *Debiti di valore* , Milano, 2012.
- POGGI, *L'assegno circolare come mezzo di pagamento*, in *Riv. dir. com.* 1983.
- RAZZANTE, *La normativa antiriciclaggio in Italia*, Torino, 1999.
- RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965.
- RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979.
- RODOTÀ, *Appunti sul principio della buona fede*, in *Foro pad.*, 1964.
- RODOTÀ, *Il principio della correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in questa *Rivista*, 1965.
- ROMANO SALV., *Buona fede (diritto privato)* in *Edd* , Milano , 1959.
- ROMANO, *Abuso del diritto (Diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1956.
- SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949.
- SALAZAR, *Riciclaggio del capitali: direttiva comunitaria e legislazione italiana*, in *Foro it.*, 1991.

- SANGIORGI, *Il pagamento a mezzo della moneta scritturale*, Torino, 1993.
- SANTINI, *Il bancogiro*, Bologna 1950.
- SAVONA, *Luci ed ombre di un esperimento regionale. La direttiva antiriciclaggio dell'unione europea*, in *Il riciclaggio di denaro nella legislazione civile e penale*, *Transcrime*, Working Papers, N.4, marzo 1996
- SICCHIERO, *Adempimento delle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*, Padova, 1992.
- SICCHIERO, *Adempimento, assegno bancario non trasferibile, clausola "per conoscenza e garanzia"*, nota a Trib. Milano, 5 ottobre 1989.
- SICCHIERO, *Contanti (pagamento per)*, in *Contratto e impresa*, 1991.
- SPADA, *Carte di credito: "terza generazione dei mezzi di pagamento"*, in *Riv. dir. Civ.*, 1976.
- STINGONE, *Il pagamento a mezzo di assegni circolari*, nota a Cass., 10 febbraio 1998, n. 1351, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999.
- STOLFI, *Il principio della buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964.
- TEDESCHI, *Assegno bancario, assegno circolare e assegni speciali*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1988.
- TENCATI, *il pagamento attraverso assegni e carte di credito*, Padova, 2003.
- TIDU, *Clausola di esecuzione in «tempo reale» e pagamenti elettronici interbancari*, in *Il Contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, II. *Iniziativa economica e contratto*, Padova 1992.
- TIDU, op. cit. pag. 355 nota 51

TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, 2001.

ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Napoli 1969.

Giurisprudenza

- Cass., 31 gennaio 1954.
- Cass., 21 giugno 1958, n. 2190.
- Cass., 25 novembre 1959, n. 3275.
- Cass., 27 aprile 1960, n. 928.
- Cass., 21 febbraio 1961, n. 378.
- Cass., 11 aprile 1961, n. 733.
- Cass., 5 gennaio 1966, n. 89.
- Cass., 27 luglio 1973, n. 2200.
- Cass., 29 luglio 1974, n. 2113.
- Cass., 14 aprile 1975, n. 1412.
- Cass., 8 marzo, 1977, n. 950.
- Cass. 9 febbraio 1979, n. 902.
- Cass., 13 giugno 1980, n. 3771.
- Cass. 3 Luglio 1980 n. 4205.
- Cass., 5 gennaio 1981, n. 24 .
- Cass., 13 gennaio 1982, n. 186.
- Cass., 16 febbraio 1982, n. 971.
- Cass., sez. un., 16 aprile 1984, n. 2438.
- Cass, 23 agosto 1986, n. 5143.
- Cass., 8 gennaio 1987, n. 17.
- Cass., 6 luglio 1991, n. 7490.
- Cass., sez. lav., 6 luglio 1991, n. 7490.
- Cass., 19 luglio 1993, n. 8013.
- Cass., 3 febbraio 1995, n. 1326.

Cass., 28 luglio 1997, n. 7051.
Cass., 10 febbraio 1998, n. 1351.
Cass., 3 aprile 1998, n. 3427.
Cass., 9 settembre 1998, n. 8927.
Cass., 20 luglio 1999, n. 7750.
Cass., 1 dicembre 2000, n. 15396.
Cass., 27 settembre 2001, n. 12093.
Cass., sez. lav., 21 dicembre 2002, n. 18240.
Cass., 10 febbraio 2003, n. 1939.
Cass., 7 luglio 2003, n. 10695.
Cass., sez. I, 6 settembre 2004, n. 17961.
Cass., 21 dicembre 2004, n. 23695.
Cass., 8 marzo 2005, n. 2006.
Cass., 19 luglio 2005, n. 15202.
Cass., 23 gennaio 2006, n. 1266.
Cass., Sez. un. del 26 giugno 2007, n. 14712.
Cass., 10 marzo 2008, n. 6291.
Cass. Sez. unite 4 Giugno 2010, n. 323.