

# La presentazione dell'assegno bancario prima e dopo la legislazione sulla trasparenza e sull'antiriciclaggio

## Parte prima

1. Volendo curare l'incasso di un assegno bancario il portatore ricorre alla sua presentazione.

E' del tutto pacifico che la struttura dell'assegno sia quella della cambiale tratta. La differenza tra i due istituti è data unicamente dal fatto che la cambiale tratta è spiccata su un qualsiasi soggetto mentre l'assegno presuppone che il trattario sia un banchiere.

Nella dottrina giuridica che si occupa della circolazione dei beni, la teoria dei titoli di credito occupa un posto preminente. Storicamente la dottrina dei titoli di credito si è venuta formando attorno alla dottrina della cambiale, la quale ha sempre avuto carattere di titolo commerciale. *"La disciplina dei titoli di credito è proceduta da questa idea conduttrice: superare le regole che presiedono alla circolazione dei crediti secondo l'istituto della cessione, elevando la funzione del documento (titolo) del credito a veicolo della sua circolazione secondo regole analoghe a quelle che presiedono la circolazione delle cose mobili"*. (v. A. Asquini *"Titoli Di Credito"* Cedam Padova 1966,31). L'assegno bancario è un titolo di credito che ha la struttura formale della cambiale tratta con una funzione, ma strumento di pagamento di chi ha fondi disponibili presso una banca. All'origine anche la cambiale era sorta in funzione di pagamento, in collegamento col contratto di cambio e con il requisito della *distantia loci*. Ma poi l'evoluzione della cambiale ha avuto un'altra direzione e la cambiale è divenuta il titolo tipico per le operazioni di credito. Da ciò la scadenza a termine, il largo termine di presentazione per la cambiale a vista; la disciplina dell'accettazione del trattario come fonte di obbligazione cambiaria principale; il regime fiscale del bollo graduale ecc. Logico quindi che la pratica commerciale desse luogo ad un titolo speciale munito del rigore cambiario, ma particolarmente qualificato a mobilitare in funzione di pagamento i fondi disponibili dei clienti presso le banche, senza il trasporto materiale del denaro: questo è precisamente l'assegno bancario o check (chéque). Il nome di check pare tragga origine dalla prassi della tesoreria inglese (*scaccarium, exchequer*), sulla quale i sovrani solevano trarre ordini di pagamento (*exchequer bills*).

Appare a questo punto utile un exkursus storico sulla funzione dei titoli di credito ed in particolare dell'assegno.

2.L'incasso dell'assegno bancario e la sua presentazione secondo la Convenzione di Ginevra .

La prima ipotesi è che il prenditore dell'assegno si rivolga direttamente al traente, per essere pagato. L'ipotesi appare tanto meno improbabile in quanto anche l'assegno ha un suo- sia pur breve-tempo di circolazione: che può essere (ai sensi dell'art. 32 l.a.b.) di otto giorni se l'assegno è pagabile nello stesso Comune nel quale è emesso, di 15 giorni se pagabile in altro Comune dello Stato (e ancor maggiore se emesso all'estero: qualora la legislazione valutaria non vi ponga ostacoli). Dentro questo periodo di circolazione, l'assegno può essere girato, anche più volte. E nulla vieta di pensare che esso pervenga ad un prenditore che già si trovi in relazione con il traente: la presentazione del titolo da parte del prenditore al traente risponderà, secondo i casi, ad una convenienza del prenditore o addirittura ad un suo dovere di cortesia.

Tale prima ipotesi sembra anche troppo ovvia e addirittura neppure meritevole di essere menzionata pur di rarissima applicazione nel mondo moderno. Ma offre l'occasione di riflettere sulla ampia varietà di comportamenti che il prenditore dell'assegno potrà assumere, se il traente manifesta l'intento di non pagarlo.

In tal caso, il prenditore potrà tra l'altro:

- rimettere il debito, al traente, restituendogli l'assegno;
- accordarsi con il traente per accettare un pagamento parziale in contanti (e convenendo il pagamento del residuo entro un certo tempo, con o senza garanzie);
- differire la richiesta di pagamento del credito, conservando l'assegno per farlo valere (successivamente) come semplice chirografo;
- se in termini, presentarlo (o farlo presentare) alla banca trattaria;
- accordare al traente il rinnovo del titolo, ricevendo contestualmente un nuovo assegno tratto su altra banca.

In ogni caso, il prenditore resta il "padrone" dell'assegno e le diverse determinazioni che egli prenderà sono manifestazione di un libero esercizio del suo diritto, incorporato nel titolo. E qui è subito il caso di anticipare che tale ampia libertà di comportamenti nei confronti del traente, il prenditore non perde neppure se l'assegno è già consegnato al notaio per il protesto(fino a tanto che il protesto non sia stato levato).Il

prenditore infatti può richiamare il titolo che già si trova presso il *pubblico ufficiale*.

In senso evolutivo, si consideri che prima della riforma che consente il pagamento successivo alla scadenza, la dottrina aveva ravvisato nell'art.166 l.a.b. una forma di reintegrazione dell'arresto per debiti che, cacciato dalla porta con la sua abrogazione, è, rientrato dalla finestra con la disposizione ora detta.

3. Una seconda ipotesi, più frequente, è che il prenditore si rivolga egli stesso alla banca sulla quale il traente ha emesso l'assegno. L'assegno infatti è propriamente una tratta e, come ogni altra tratta, può essere presentata al trattario per il pagamento.

Anche esigendo in tal modo il suo credito, il prenditore dell'assegno conserva una ampia libertà di iniziativa, per l'ipotesi che la banca trattaria non paghi l'assegno all'atto della richiesta di pagamento (e prima dell'accesso del pubblico ufficiale).

Così, ad esempio il prenditore potrà "richiamare" l'assegno già presentato per l'incasso.

In certi casi ciò potrà costituire adempimento dell'obbligo (assunto nei confronti del traente o di altro coobbligato) di non fare protestare l'assegno (la liceità di tale obbligo è espressamente riconosciuta dalla sentenza del Tribunale di Bologna 29 marzo 1969, in Giur.It.1969,1,2,p. 661: la quale ricollega al mancato adempimento dell'obbligo di non presentare l'assegno una azione di risarcimento del danno). In altri casi il richiamo dell'assegno potrà ricondursi alla decisione del prenditore di esigere direttamente il credito dal traente (servendosi dell'assegno quale chirografo) od alla sua decisione di attendere che, nel frattempo, la provvista si sia ricostituita e di ripresentare egli stesso l'assegno alla banca trattaria (o di farlo ripresentare a mezzo banca) od alla sua decisione di consegnare l'assegno ad un pubblico ufficiale per il protesto e via dicendo.

Un analogo ventaglio di ipotesi si apre se la banca trattaria (ancor prima dell'accesso del pubblico ufficiale) effettua un pagamento parziale (a mente dell'art.37 l.a,b.), In tal caso è anche possibile prevedere che, se il pagamento copre la quasi totalità dell'assegno (restando scoperto per una somma minima) il prenditore liberi il traente dal debito residuo.

Ancora il portatore può essere dispensato dall'onere di chiedere il protesto, se l'assegno è emesso "senza spese" (art. 48 l.a.b.). La richiesta del protesto dipende, in tal caso, da una

sua scelta.

Infine, in caso di mancato pagamento totale o parziale, e qualora il portatore abbia interesse a far salvo il diritto di regresso contro i giranti, il presentatore potrà scegliere se presentare l'assegno per il protesto o se limitarsi a raccogliere (ai sensi degli artt.45 n.2 e 64 l.a.b.) una dichiarazione della banca trattaria, con la quale quest'ultima significa di rifiutare il pagamento (tale dichiarazione dovendo essere registrata unicamente per esercitare il diritto di regresso).

Le ipotesi qui evocate costituiscono solo l'inizio di un possibile "catalogo".

4. Di gran lunga più frequente è il caso in cui l'assegno sia presentato alla banca trattaria per il pagamento non già dal prenditore, ma da altra banca di cui questi sia cliente, e alla quale abbia girato l'assegno con il mandato di curarne l'incasso,

In tal caso la banca presentatrice agisce come una mandataria (o in certi casi sub delegata) del prenditore. Per conto suo essa potrà assumere tutte le iniziative che spettano al prenditore stesso. Tra l'altro, in caso di mancanza di fondi, potrà come si è visto:

- indursi a ripresentare l'assegno una seconda volta (purchè entro il termine dell'art. 32 l.a.b.);
- rinunciare a ripresentare l'assegno;
- consentire che, in luogo del protesto, il mancato pagamento sia annotato sul titolo;
- chiedere il protesto (anche eventualmente con anticipo sul termine massimo previsto dalla legge) e via dicendo.

5. Con la presentazione del titolo alla banca trattaria se la provvista dell'assegno sussiste all'atto della presentazione - questa dovrà pagare l'assegno (non già come obbligata, ma in esecuzione della convenzione di assegno, conclusa con il cliente). Se invece l'assegno è scoperto di fondi, anche alla banca trattaria si presenta tutta una serie di alternative.

In primo luogo la banca trattaria, anziché rifiutare il

pagamento dell'assegno "scoperto", potrà pagarlo, facendo credito al traente o attingendo fondi da altro conto presso di essa intrattenuto dal traente medesimo (l'ipotesi è suggerita dalla sentenza del Tribunale di Napoli 22 dicembre 1969, in Banca borsa e titoli di credito 1970,11 p. 15<sup>3</sup> sa.). Fuori di tale ipotesi, anche se manchino diverse istruzioni, la banca trattaria potrà chiedere al prenditore (e dunque anche alla banca presentatrice) se egli consente, in luogo del protesto, la semplice annotazione sul titolo del mancato pagamento (art. 64 l. a.b.).

Potrà anche (se il traente è cliente meritevole di questo riguardo) assumere l'iniziativa di segnalare alla banca presentatrice la mancanza di fondi, e nel contempo invitarla a ripresentare l'assegno. Da tale prassi hanno origine certe convinzioni linguistiche idonee a rappresentare la situazione: l'assegno viene, cioè, restituito alla banca presentatrice accompagnato da indicazioni quali, "ripresentare", "manca avviso", etc.

6. La varietà delle possibili decisioni del prenditore dell'assegno (o della banca presentatrice che agisce per suo mandato) e le possibili iniziative della banca trattaria consentono di identificare una vasta area di ipotesi in cui, nonostante il mancato pagamento, la banca presentatrice non è tenuta a trasmettere all'ufficiale pubblico l'assegno impagato per il protesto.

6.1. Queste ipotesi sono tanto più facili a realizzarsi **a)** se si tiene conto del termine, disposto dalla legge sull'assegno bancario, per chiedere la levata del protesto, e, **b)** se si considera che tale termine può, in certi casi, essere anche notevolmente ampio. E infatti tanto più lungo è il termine, tanto più facile è che si realizzino le condizioni per le quali la richiesta di levata del protesto non è più necessaria. Anche su questo termine è dunque opportuno brevemente soffermarsi. Il termine per la richiesta di levata di protesto si ricava (come già si è accennato) dall'art. 32 l.a.b. dal quale risulta che **(a)** l'assegno deve essere presentato per il pagamento nel termine di 8 giorni dalla data di emissione, se è pagabile nello stesso Comune in cui fu emesso o di 15 giorni, se pagabile in altro Comune dello Stato (o ancora maggiore in altri casi) e **(b)** il protesto deve essere richiesto prima che il termine di presentazione sia spirato.

In pratica potrà accadere che un certo numero di giorni sia, per così dire, consumato durante l'itinerario che l'assegno deve compiere per giungere alla banca trattaria (e talora si verifica che l'assegno perviene a quest'ultima addirittura fuori del termine per la levata del protesto). Ma, al polo opposto, se un

assegno fuori piazza è presentato lo stesso giorno di emissione alla banca trattaria, o lo stesso giorno ritorna alla banca presentatrice, questa dispone di un termine di 15 giorni per chiedere la levata del protesto. Ciò è confermato anche dall'art. 9 della L. 12.6.73 n° 349, Anche da tale norma risulta che le aziende di credito hanno unicamente l'obbligo di inviare gli assegni al pubblico ufficiale per il protesto entro il termine già indicato di 8 o 15 giorni dalla data di emissione, La banca presentatrice non ha invece l'obbligo di inviare al protesto il titolo appena pervenuto, o dentro un termine più breve di quello stabilito dalla legge, salvo che non abbia accettato di richiedere immediatamente la levata del protesto. Questa discrezionalità della banca nell'inviare assegno al protesto nel termine consentito non può essere posta in dubbio, In tal senso sta anche la prassi degli Istituti di credito, la quale sovente consiste nell'inviare all'ufficiale pubblico per il protesto i titoli di credito (cambiali o assegni) l'ultimo giorno utile per la levata del protesto. Tale prassi è nota da tempo alle Autorità Amministrative, tanto nota da essere stata (almeno una volta) apertamente biasimata (v. circolare del Ministero di Grazia e Giustizia del 24 giugno 1954 in Perrone, Casu, Sacchi: Il protesto delle cambiali e degli assegni bancari, Roma 1973, p.373). Al riguardo è significativo che, nonostante tale biasimo, neppure la legge del 1973 abbia posto un limite alla discrezionalità della banca presentatrice. In realtà un eventuale limite alla libertà della banca avrebbe costituito una deroga all'art. 32 della legge uniforme sull'assegno bancario; e la deroga avrebbe costituito violazione della convenzione internazionale di cui la stessa legge costituisce applicazione.

6.2. Vi è poi un'altra circostanza che può ridurre la quantità di occasioni nello quali l'assegno scoperto di fondi viene consegnato al pubblico ufficiale per il protesto. Si vuole cioè alludere al fatto che l'assegno può essere consegnato per l'incasso alla stessa banca trattaria, L'ipotesi più semplice è quella che il traente e il portatore dell'assegno siano clienti della stessa banca trattaria. Altra ipotesi è che, sulla piazza dove opera la banca trattaria, manchino altri "sportelli bancari", In entrambi i casi la banca trattaria si trova ad agire in base ad una duplice delega: quella conferitale dal suo correntista e quella conferitale dalla banca sua corrispondente presentatrice dell'assegno.

Nella ipotesi di assegno emesso allo scoperto, è ragionevole pensare che la banca trattaria -pure rispettando i diritti del presentatore e rispettando fedelmente la delega della sua corrispondente (muovendosi, cioè, esclusivamente nell'area delle alternative lecite) -cerchi di evitare al suo cliente il protesto dell'assegno, nell'uno o nell'altro dei modi più sopra

considerati.

7. Dopo la presentazione, il mancato pagamento dell'assegno deve essere constatato mediante protesto. Come si è già accennato, questo non è il solo modo di constatare il mancato pagamento: è tuttavia, nella pratica, quello più frequente.

7.1. Nel sistema della legge sull'assegno bancario, quale risulta dalla applicazione della convenzione internazionale, il protesto non è istituito in vista della repressione penale dell'emissione di assegni a vuoto. Infatti, pur disciplinando ampiamente gli effetti del protesto, la convenzione non contiene norme di diritto penale: le norme dell'art. 116 l.a.b. e ss. sono state introdotte dal legislatore italiano, nell'ambito di una libertà accordatagli dalla convenzione. La repressione di eventuale abusi nell'emissione di assegni a vuoto è affidata ad altri mezzi,

Anzitutto, della mancata provvista all'atto dell'emissione dell'assegno, l'autorità giudiziaria può essere eventualmente notiziata su denuncia di qualsiasi soggetto, nonostante il successivo pagamento dell'assegno da parte della banca trattaria, anche se in pratica l'ipotesi sembra assai rara. Ma si può pensare, ad esempio, ad un conto corrente intestato ad una società di persone, amministrata da due soggetti aventi firma libera: a fronte dell'emissione di assegni "a vuoto" da parte di uno degli amministratori, l'altro potrebbe anche avere interesse a reagire, denunciando i fatti. Analoga denuncia di eventuale abusi potrebbe anche provenire dalla banca trattaria, quanto per avventura, ancor prima della presentazione dell'assegno, essa abbia notizia della sua emissione senza provvista.

Anche a prescindere da tali ipotesi, la emissione di assegni senza provvista è segnalata all'Autorità giudiziaria dall'Ufficiale pubblico che procede al protesto e al quale la banca trattaria rifiuta il pagamento. Questa attività dell'ufficiale pubblico è soggetta alla sorveglianza di appositi organi. E la sorveglianza è resa tanto più agevole dal fatto che l'intero arco dell'attività del pubblico ufficiale è, per così dire, "fotografato" da un articolato sistema di atti. E cioè:

(a) l'elenco di trasmissione degli assegni dalla Banca presentatrice (art. 9 comma 3. L. 12 giugno 1973);

(b) il registro dei protesti;

(c) l'elenco degli atti inviati all'autorità giudiziaria;

(d) la documentazione concernente la trasmissione, alla banca presentatrice, delle somme ricevute o degli assegni ritornati (protestati o non): art.9 comma 4 L. 12 giugno

1973;

Il protesto non è concepito come strumento per la repressione dell'emissione di assegni a vuoto, - solo in via tendenziale e quindi non sempre - risulta anche da fatto che, nel sistema della nostra legge, esso non è nè "necessario", nè "congruo" rispetto ad un obiettivo siffatto.

La non necessarietà del protesto è confermata (eisdem verbis) dalla sentenza Pretura di Verona 4 agosto 1969 (in Banca, Borsa e Titoli di credito 1970, II, p.159). Essa trova la sua migliore conferma nella disciplina di quella "alternativa" al protesto che è contemplata - 64 l.a.b. Detta norma prevede che la annotazione del mancato pagamento, sottoscritta dal trattario sul titolo o sul foglio di allungamento, abbia gli effetti del protesto solo se sottoposta a registrazione. Con ciò la norma prevede che la registrazione possa mancare e possa quindi mancare quell'obbligo di comunicazione all'Autorità giudiziaria che è imposto al procuratore del Registro -13 R.D. 16 marzo 1962 n. 267 sul fallimento.

Che, inoltre, il protesto non sia "congruo" rispetto all'obiettivo di reprimere l'eventuale emissione di assegni a vuoto, può trovare una conferma in quella giurisprudenza (come la sentenza Cassazione 27 novembre 1969, Banca, Borsa e Titoli di credito, 1970,11, p.569 sa.) che consente al pubblico ufficiale di levare il protesto dell'assegno anche dopo il termine dell'art. 32 l.a.b.. In tale caso il protesto non può ritenersi diretto alla repressione di un fatto illecito, quale quello contemplato dall'art. 116 l.a.b., CIÒ risulta proprio dalla previsione dell'art. 35 l.a.b., L'art. 35 consente infatti che, dopo decorsi i termini dell'art. 32 l.a.b., il traente ordini alla banca trattaria di non pagare l'assegno, In tal caso la banca trattaria dovrà rifiutare il pagamento e l'assegno potrà essere protestato anche se, dall'origine e fino al momento della tardiva presentazione, le somme depositate sui conto corrente ne garantivano ampiamente la copertura e dunque, non ricorreva l'ipotesi dell'art. 116 l.a.b..

Infine è da ricordare che il richiamo di un assegno "scoperto di fondi", o il mancato protesto di un assegno presentato al pagamento "senza spese o l'annotazione del mancato pagamento (in sostituzione del protesto), possono avere per risultato di "nascondere" il fatto che l'assegno sia stato emesso senza provvista, Ciononostante manca qualsiasi norma che imponga alla banca trattaria un qualsiasi obbligo di denuncia, Questa (apparente) lacuna è di per sè significativa in quanto l'imposizione di un obbligo di denuncia alla banca presentatrice sarebbe stata pur sempre compatibile con la legge sull'55~g~0 bancario e con la convenzione internazionale di cui essa costituisce espressione. Ma tanto più significa~j~

è se si considera che la legge 12 giugno 1973 n. 349 fa obbligo alla banca presentatrice di trasmettere al pubblico ufficiale l'assegno impagato, accompagnato da un elenco in due esemplari (nel quale sono iscritte diverse indicazioni); il legislatore avrebbe potuto cogliere l'occasione per imporre alla banca presentatrice di trasmettere una terza copia dell'elenco alla Procura della Repubblica.

Nel sistema della legge, dunque, la emissione di assegno scoperto di fondi deve essere denunciato all'Autorità giudiziaria unicamente dall'ufficiale pubblico a seguito della levata del protesto od a seguito della registrazione prevista dagli artt. 64 l.a.b. e 13 R.D, 16 marzo 1942 n,257. Le ragioni di ciò sono state ampiamente illustrate da Santa-Maria in Banea, Borsa e Titoli di credito '1964,11, pp.88 11)

L'autore ha infatti rilevato che solo con le dichiarazioni rese dalla banca al pubblico ufficiale precedente al protesto viene in luce la fattispecie criminosa che deve essere denunciata ai sensi dell'art, 361 c.p..

Prima di allora può esservi soltanto il sospetto di un reato posto che il mancato pagamento dell'assegno può dipendere da cause diverse dalla mancanza dei fondi (ad es. sequestro del conto interdizione del traente etc.), Riassumendo quanto si è detto fin qui, l'attività del pubblico ufficiale interessa sia il diritto amministrativo sia il diritto penale, Dal primo punto di vista l'attività del pubblico ufficiale consiste in una certificazione delle dichiarazioni rese dalla banca trattaria, in occasione della presentazione dell'assegno: l'ufficiale pubblico dovrà registrare, in forma solenne, il tempo e il luogo dell'accesso, la presentazione dell'assegno, il rifiuto del pagamento e i motivi addetti.

Dal secondo punto di vista l'attività dell'ufficiale pubblico dando notizia alla autorità giudiziaria dei protesti che egli ha levato, consente a quest'ultima di promuovere l'azione penale.

7.2. Secondo la disciplina legislativa in vigore, il protesto è concepito per permettere al prenditore di esercitare il diritto di regresso verso gli altri coobbligati cambiari e di soddisfare altre sue utilità, Esso è concepito unicamente nell'interesse del portatore del titolo per permettergli di conservare certe posizioni di vantaggio. Non sarà in proposito inutile ricordare che il protesto è un istituto unitario per tutti i titoli di credito e non conosce differenziazioni nè di scopo nè di contenuto a seconda che esso sia redatto per una cambiale un vaglia cambiario od un assegno. Esso "contiene la constatazione solenne della presentazione e dell'inadempimento e riserva ogni diritto del portatore verso gli obbligati aprendo la via all'azione di regresso" (De Soma, Diritto cambiario, Milano 1953, p. 614 con ampi richiami in senso conforme anche alla dottrina straniera). Anche per il protesto dell'assegno vale dunque

l'insegnamento della Corte di Cassazione nella sentenza 18 aprile 1970 (in Banca, Borsa, e Titoli di credito 1971, II, pp, 196: "Il protesto costituisce un onere della parte inteso a soddisfare finalità che non superano l'ambito dell'interesse "privato").

7.3. Come le funzioni del protesto hanno carattere tanto pubblico che privato, così anche l'attività del pubblico ufficiale nella presentazione del titolo e nella levata del protesto è in parte disciplinata con norme pubblicistiche, o di carattere imperativo, in parte regolata in analogia con la disciplina privatistica del mandato.

Dottrina e giurisprudenza hanno ristretto in termini rigorosi l'attività soggetta alla disciplina pubblicistica. Esse hanno cioè posto in luce che, della natura pubblicistica del protesto, partecipano unicamente gli atti necessari, tipici, ordinati alla levata. E cioè (come si è detto): l'accesso alla banca, la presentazione del titolo, la raccolta delle dichiarazioni della banca trattaria concernente il rifiuto di pagamento e le sue motivazioni, la restituzione del titolo protestato (ed, allorché si verifichi la presa in consegna della somma pagata dalla banca trattaria).

Da tali attività tipiche, quelle altre diverse che il pubblico ufficiale è chiamato a svolgere sono tenute rigorosamente distinte. E a loro riguardo si afferma comunemente che sono compiute dal pubblico ufficiale unicamente sul piano del diritto privato, in funzione di un rapporto privato con il prenditore o la banca presentatrice. Queste precisazioni sono state espressamente formulate con riguardo all'attività che il pubblico ufficiale svolge nel ricevere (al di fuori dell'accesso alla banca trattaria) il pagamento dell'assegno da parte dei 'diversi soggetti che possono essere interessati (la stessa banca trattaria, il traente, l'avallante e qualsiasi altro coobbligato in via cambiaria: Tribunale di Roma 5 maggio 1960 in Banca, Borsa, Titoli di credito, 1961, 11 p. 307).

E tale orientamento è tanto più notevole in quanto l'attività del pubblico ufficiale è certo preordinata (anche) a ricevere il pagamento dalla banca trattaria: una ottica meno restrittiva avrebbe potuto indurre ad assimilare a tale ipotesi anche altre limitrofe, come ad esempio quelle in cui l'ammontare dell'assegno è ricevuto da altri soggetti.

A specchio di questo orientamento, incline a separare l'area delle attività di diritto privato svolte dal pubblico ufficiale dopo la consegna del titolo per il protesto, può essere ricordata la sentenza del Tribunale di Bologna (in Giur.it. 1969, 1, 2°, col. 660 e ss.), Non fosse altro per il fatto che essa espone minutamente - senza la benchè minima censura i diversi interventi dei soggetti coobbligati, per negoziare tra loro il ritiro dell'assegno già trasmesso al notaio per il protesto, e

per consentirgli di desistere dall'accesso alla banca trattaria, E ancora poichè la sentenza lascia chiaramente a intendere che, a tali decisioni, il pubblico ufficiale avrebbe potuto e dovuto uniformarsi. Anche in tal caso, il rapporto del pubblico ufficiale con il presentatore dell'assegno appare quello (privatistico) da mandatario a mandante e non è senza significato che la sentenza della Corte di Cassazione del 22 febbraio 1974 (in Banca, Borsa, Titoli di credito 1974,II,p,439) abbia indicato il prenditore dell'assegno come "cliente" del pubblico ufficiale (nella specie notaio).

8. Anche dopo la consegna dell'assegno all'ufficiale pubblico per il protesto, e fino al termine consentito per la levata, possono accadere tutta una serie di fatti che dispensano l'ufficiale pubblico dall'accesso alla banca trattaria o che glielo impediscono o che impediscono la levata del protesto. Alcuni di tali fatti dipendono da interventi o iniziative sia del traente dell'assegno (o dell'avallante) sia dal prenditore (o dalla banca presentatrice) sia della stessa banca trattaria. Senza pretendere qui di fornire un completo catalogo di tali fatti, se ne possono indicare alcuni, anche solo in via esemplificativa. L'ipotesi meno infrequente è che il traente paghi l'assegno mani dell'ufficiale pubblico prima dell'accesso alla banca trattaria. La giurisprudenza si è data cura di precisare che in tal caso il pagamento ha effetto liberatorio (così la già ricordata sentenza del Tribunale di Roma 5 maggio 1960 in Banca, Borsa, Titoli di credito 1961, II, 307). Sullo stesso piano si può porre anche l'ipotesi che l'assegno sia pagato dall'avallante o da altro coobbligato. Al riguardo la giurisprudenza si è anzi ripetutamente riferita ad un potere dovere dell'ufficiale di ricevere il pagamento dell'assegno, oltre che dal traente, anche da un terzo (così la sentenza del Tribunale di Prato 25 gennaio 1961, in Vita notarile, 1961,p. 59 e la sentenza della Corte d'appello penale di Firenze, 18 ottobre 1962, in Banca, Borsa, Titoli di credito 1964, II, p.88.ss). Altra ipotesi altrettanto probabile è che il prenditore (per il tramite della banca presentatrice o eventualmente "scavalcandola") richiami l'assegno e cioè ne chieda all'ufficiale pubblico la riconsegna. Un'ipotesi di tale fatto è suggerita dalla sentenza del tribunale di Roma del 20 gennaio 1970 (in Banca, Borsa e Titoli di credito 1970,11, p. 461) la quale ricollega la decisione della Banca presentatrice di "insistere nel protesto o meno" alla conoscenza della realtà dei fatti (v, anche la già citata sentenza del Tribunale di Bologna 29 marzo 1969). Anche se ciò avviene all'ultimo minuto, le ragioni del richiamo dell'assegno possono essere le più varie, Nulla vieta di immaginare che l'assegno sia stato emesso per errore (sull'esistenza del credito o sul suo ammontare): in tal caso non sarebbe certo ammissibile impedire al prenditore di

riconoscere l'errore del traente e di porvi riparo, evitando le conseguenze dannose. Allo stesso modo si possono evocare, tra le ipotesi già accennate, quelle in cui il prenditore dell'assegno intenda rinunciare al credito o differirne l'incasso. E' poi il caso di sottolineare che, quali che siano le ragioni del richiamo dell'assegno già trasmesso al pubblico ufficiale per il protesto, non vi sarebbe ragione di sindacarle (salvo il caso di illecite pressioni sullo stesso prenditore): esse costituiscono altrettante manifestazioni della libera disponibilità di un diritto personale in capo ad un soggetto. Inoltre si può immaginare che il traente dell'assegno abbia ricostruito la provvista presso la banca trattaria. In tal caso - di regola - la banca trattaria pagherà a mani dell'ufficiale giudiziario in occasione del suo accesso, ma può darsi che le istruzioni del "correntista" siano più stringenti e che la banca trattaria sia richiesta di effettuare il pagamento all'ufficiale pubblico ancora prima dell'accesso.

Il mancato accesso del notaio per levare il protesto può essere giustificato anche in ipotesi diverse da quelle del pagamento o del richiamo dell'assegno.

Così, ad esempio, allorché la falsificazione dell'assegno sia passata inosservata alla banca presentatrice e alla banca trattaria (ipotesi, questa, suggerita dalla sentenza del Tribunale di Napoli 22 dicembre 1969, in Banca, Borsa o Titoli di credito 1970, II, p. 606 ss.) non è da escludere che il pubblico ufficiale se ne accorga (o sia mosso sull'avviso da qualsiasi interessato) e perciò rifiuti la levata del protesto. Allo stesso modo si può pensare che - dopo la consegna al pubblico ufficiale, ma prima della levata del protesto l'assegno si assoggettato a sequestro penale, (la precisazione è suggerita dalla sentenza del Tribunale di Pistoia 13 marzo 1965, in Banca, Borsa e Titoli di credito 1965, II, p. 304). Anche dopo la consegna dell'assegno per il protesto, il mancato accesso del pubblico ufficiale alla banca trattaria (o la mancata levata del protesto) può dipendere da altri diversi fatti. Anzitutto potrà dipendere da doverose iniziative rimesse al pubblico ufficiale. Così il mancato accesso potrà dipendere dal fatto che l'ufficiale pubblico abbia accertato la mancanza di una delle condizioni per levare il protesto. E potrà accadere anche che la decisione del pubblico ufficiale di rifiutare la levata del protesto dipenda dalla valutazione di circostanze segnalate dal traente (o dall'avallante o da altri coobbligati) o dalla banca trattaria.

A questo ultimo proposito non è certo vietato alla banca trattaria di portare a conoscenza del pubblico ufficiale (anche prima del suo accesso) quelle circostanze di fatto che fanno venir meno il dovere di presentare il titolo per la levata del protesto. Si può pensare, ad esempio all'ipotesi di intervenuto

ammortamento del titolo o a quella, già ricordata, di provvedimento di sequestro penale.

Del pari non è certo vietato alla banca trattaria di dare notizie al pubblico ufficiale dell'ordine ricevuto dal traente di non pagare l'assegno, essendo trascorso il termine per la levata del protesto (ai sensi dell'art. 35 l.a,b,): con ciò l'ufficiale pubblico sarà posto nella condizione di chiedere al presentatore dell'assegno se egli intenda eventualmente insistere per la sua presentazione in via tardiva. Altre volte il mancato accesso potrà dipendere dal fatto che il pubblico ufficiale abbia perduto, senza sua colpa, la detenzione dell'assegno: ad esempio a seguito di un furto o di un incendio. Ancora il mancato accesso o la mancata levata del protesto possono altresì dipendere da una colpevole negligenza dell'ufficiale pubblico. O possono addirittura inquadarsi come momenti di un disegno criminoso: al riguardo si può, tra le altre, presentare l'ipotesi che l'ufficiale pubblico in esito ad un compenso a tal fine ricevuto non presenti l'assegno al protesto per evitare che il traente subisca le conseguenze previste dalla legge per l'emissione dell'assegno a vuoto.

Vi è dunque una ricca tipologia di ipotesi (in parte perfettamente lecite, in parte colpevoli, in parte illecite) nelle quali, anche se richiesto tempestivamente, il protesto del titolo può mancare.

E' poi il caso di avvertire che alcuni dei fatti che esonerano dalla levata del protesto possono verificarsi durante il compimento delle due diverse fasi che formano, nel loro complesso, il protesto medesimo, allorché l'accesso viene eseguito da un ausiliare dell'ufficiale pubblico e l'atto di protesto viene redatto per iscritto dal pubblico ufficiale (che firma l'atto unitamente al suo ausiliare: v art. 4 legge 12 giugno 1973 n. 349). Tale ipotesi si verificherebbe con la maggior evidenza, nel caso in cui dopo l'accesso, l'ausiliare perda, (per qualsiasi causa) la detenzione del titolo. Ma vi è da domandarsi se l'ipotesi possa ricorrere anche allorché, dopo l'accesso, ma prima della formazione dell'atto di protesto, la banca trattaria si sia per avventura accorta di avere rifiutato il pagamento dell'assegno per errore (un caso di errore è suggerito dalla sentenza della Corte d'Appello di Napoli 9 gennaio 1970: in Banca, Borsa, Titoli di Credito 1971,II,pp.261:la banca aveva rifiutato il pagamento confondendo la scheda del conto del traente con quella di un omonimo).

9.E' qui infine il caso di precisare che la banca presentatrice non ha alcun potere di vigilanza sull'attività dell'ufficiale pubblico al quale essa ha trasmesso, per levarne il protesto, l'assegno scoperto di fondi, In realtà essa è unicamente interessata ad ottenere di ritorno l'assegno protestato oppure a riceverne il pagamento se questo è stato fatto a mani del

pubblico ufficiale.

Al riguardo l'art. 9.1V comma della legge 12 giugno 1973 n. 349 impone all'ufficiale pubblico di restituire alla banca l'assegno protestato, o le somme pagate a sue mani, entro il termine di due giorni non festivi successivi il giorno consentito per la levata del protesto. In via normale (e cioè facendo salva l'ipotesi che l'ufficiale pubblico si sia obbligato a restituire l'assegno in un termine più breve) la legge accorda all'ufficiale pubblico una non trascurabile elasticità di termini. Certamente il termine richiesto dalla legge apparirà brevissimo allorché la banca abbia trasmesso l'assegno all'ultimo giorno utile per la levata del protesto (e in tal caso ~ l'art.46 comma 1 l.a.b. concede un ulteriore brevissimo prolungamento del termine medesimo); ma, se si considera il caso di un assegno emesso fuori piazza e presentato per il pagamento il giorno stesso della sua emissione o se si immagina che il giorno stesso la banca presentatrice lo abbia trasmesso per il protesto, si può prospettare il caso che l'ufficiale pubblico restituisca l'assegno dopo il termine di 17 giorni. Questi "tempi lunghi", previsti dallo stesso legislatore, sembrano suggerire che le iniziative della banca presentatrice per rientrare in possesso dell'assegno protestato o per riceverne l'importo non hanno normalmente carattere di urgenza. Quale che sia l'ampiezza del termine di cui goda in fatto il pubblico ufficiale, la pratica mostra che esso è tale da consentirgli di assolvere gli obblighi che la legge gli impone. Può darsi tuttavia che, entro il termine fissato dalla legge, né la somma né l'assegno protestato pervengano alla banca presentatrice e può darsi invece, ad esempio, che nel termine fissato dall'art. 9 della citata legge, l'ufficiale pubblico restituisca alla banca presentatrice l'assegno non protestato. Certo in tal caso la normale diligenza indurrà la banca presentatrice a richiedere le giustificazioni del caso. Il fatto tuttavia (come altri consimili) non sarebbe di per se tale da consentire alla banca presentatrice di presumere una condotta illecita da parte dell'ufficiale pubblico. Le ragioni infatti possono essere molteplici (e se ne dà conto più sopra) anche se ci si limita alle ipotesi in tutto e per tutto regolari e a quelle che integrano, al più, una mancanza di diligenza o altra colpa semplice da parte dell'ufficiale pubblico.

A condursi secondo la normale diligenza, la banca presentatrice non potrà restare inerte allorché il pubblico ufficiale non le renda l'assegno protestato o non le consegni l'importo relativo (e, ad esempio, come si è accennato più sopra le consegni l'assegno non protestato). Ma le sue iniziative (prima delle quali la richiesta di giustificazioni al pubblico ufficiale) potranno giustamente ispirarsi ad una presunzione di liceità

della condotta del pubblico ufficiale: non solo per la garanzia offerta dalla sua funzione, ma anche per la vasta area di ipotesi lecite che possono essere intervenute.

Nessuno specifico potere di vigilanza sull'attività del pubblico ufficiale richiesto di levare il protesto compete alla banca trattaria.

Certo non è da escludere che la banca trattaria abbia un proprio interesse pratico a seguire da vicino l'ultima vicenda del titolo tratto su di un conto intestato ad un suo cliente: e ciò non solo per ragioni di ordine amministrativo ma anche perché, nel suo insieme e sul piano della statistica, una rilevante percentuale di protesti di assegni tratti dalla clientela della banca trattaria potrebbe essere biasimata dalle autorità di vigilanza sugli Istituti di credito (in occasione delle previste verifiche). Ma, quale che sia tale interesse, una sorveglianza della banca trattaria (come tale - e indipendentemente dal fatto che essa sia anche nel contempo delegata della banca presentatrice) sull'operato del pubblico ufficiale appare tanto più improbabile, in quanto tra di essa e il pubblico ufficiale manca qualsiasi rapporto (di diritto privato o di diritto amministrativo)

In tale situazione la banca trattaria non ha alcuna ragione di allarme, neppure se - dopo l'accesso del pubblico ufficiale - essa constata che il protesto non è pubblicato nel Bollettino. Anche questa eventualità può infatti ricondursi a situazioni lecite: si può pensare così che tra l'accesso dell'ausiliare (il c.d. presentatore) e la redazione dell'atto di protesto sia intervenuto alcuno dei fatti già accennati più sopra.

A maggior ragione la banca trattaria non avrebbe motivo di allarme se (essendo stata occasionalmente preavvertita dell'imminente accesso del pubblico ufficiale per la presentazione di assegno tratto da un suo correntista) debba poi constatare che l'ufficiale pubblico non si è presentato.

10. La situazione più sopra delineata in ordine alla presentazione ed all'incasso dell'assegno aveva come presupposto fondamentale che l'assegno avesse natura di titolo astratto. Questa natura era profondamente sentita e giustificata in un'epoca storica in cui l'astrattezza, che si risolveva nella non necessità di non evidenziare la causa del pagamento dell'assegno, mirava a proteggere la posizione del possessore dell'assegno il quale non era tenuto, per esigerne il pagamento, a dimostrare l'origine del debito. L'assegno finiva così per offrire al creditore la posizione privilegiata di non dover dar conto del rapporto sottostante. Tale esigenza è venuta meno in epoca recente sulla base di vari fattori mirati entrambi a combattere un fenomeno (non sussistente in precedenza e che comunque non era stato prima d'ora avvertito) verificatosi in maniera massiccia negli ultimi decenni.

Tale fenomeno può essere ricondotto al fatto che l'astrattezza dell'assegno, lungi dal proteggere nel senso più sopra indicato il suo possessore, finiva per essere uno strumento che favoriva il crimine. L'astrattezza invero veniva frequentemente utilizzata per mascherare pagamenti illeciti (ad es. estorsione) oppure per coprire pagamenti altrettanto illeciti in quanto mirati al riciclaggio di denaro proveniente da reato. A tal fine un certo numero di girate di comodo di assegni che racchiudevano un pagamento illecito, consentivano agli stessi di acquistare una parvenza di legittimità che, al momento della loro emissione, non sussisteva.

In ragione di ciò la legislazione introdotta in Italia, anche con finalità diverse da quelle di cui sopra, risultava mirata a fronteggiare l'illecito abuso della serie di girate.

Per completezza ricordiamo qui di seguito tutti i provvedimenti legislativi in materia, via via susseguitesesi nel tempo:

R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736 (disposizione sull'assegno bancario, sull'assegno circolare e su alcuni titoli speciali dell'istituto di emissione, del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia);

L. 12 febbraio 1955, n. 77 (Pubblicazione degli elenchi dei protesti bancari);

L. 12 giugno 1973 n. 349 (Modificazioni alle norme sui protesti delle cambiali e degli assegni bancari);

L. 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale) - Estratto;

L. 15 dicembre 1990, n. 386 (Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari);

D.L. 3 maggio 1991, n. 143, convertito in 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) - Estratto;

D.L. 18 settembre 1995, n. 381, convertito con modificazioni, dalla l. 15 novembre 1995, n. 490 (Disposizioni urgenti in materia finanziamento delle camere di commercio)- Estratto;

L. 7 marzo 1996 n. 108 (Disposizioni in materia di usura) - Estratto;

D.Lgs. 30 dicembre 1999 n. 507 (Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'art. 1 della L. 25 giugno 1999, n. 205) - Estratto;

D.M. dell'Industria del Commercio e dell'Artigianato 9 agosto 2000, n. 316 (Regolamento recante le modalità di attuazione del registro informatico dei protesti, a norma dell'art. 3-bis del decreto legge 18 settembre 1995, n. 381, convertito, con modificazioni, dalla L. 15 novembre 1995, n. 480);

L. 18 agosto 2000, n. 235 (Nuove norme in materia di cancellazione dagli elenchi dei protesti cambiari);

Circ. del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato 21 dicembre 2000, n. 235. Registro informatico dei protesti e nuove norme in materia di cancellazione dagli elenchi dei protesti cambiari. Prime indicazioni).

Da ultimo la legge 14.9.2011 n. 148, convertendo il precedente D.L. 13.8.2011 n. 138, ha fissato il principio secondo cui l'assegno è divenuto per legge intrasferibile per importi superiori ad € 1.000,00.

In esito a detti interventi del legislatore, "la girata" degli assegni, risultando vietata oltre il modesto importo sopra ricordato, ha finito per vulnerare quella che era la caratteristica strutturale dell'assegno stesso rispetto alla promessa di pagamento e cioè la non opponibilità al giratario delle eccezioni nascenti dal rapporto sottostante alla sua emissione.

Ed infatti, poiché gli assegni di valore superiore ad € 1.000,00 sono divenuti per legge intrasferibili (e quindi possono essere incassati soltanto dal prenditore) da un lato è venuta meno la possibilità di usare la girata al fine di occultare intenti illeciti, e dall'altro, le eccezioni scaturenti dal rapporto sottostante possono sempre fatte valere in ragione della cristallizzazione del rapporto cartolare soltanto fra emittente e prenditore.

Anche in ordine alla presentazione dell'assegno le limitazioni alla sua circolazione più sopra ricordate hanno comportato conseguenze non trascurabili.

Ed infatti potendo il presentatore dell'assegno essere soltanto il prenditore (sia pure nel solo caso in cui il valore dell'assegno non superi l'importo di € 1.000,00) la casistica delle situazioni più sopra ricordate -e nella quale il presentatore poteva non essere il prenditore bensì un giratario- viene meno nella maggioranza dei casi. Ed infatti la presentazione del titolo ad opera di un giratario rimane circoscritta agli assegni aventi un importo non superiore al modesto importo suindicato.

11. In ordine alla ricordata identità strutturale fra l'assegno e la cambiale tratta, merita di essere ricordato che, nel tempo, le cambiali sono state le prime a vedere progressivamente eroso il loro carattere di astrattezza.

Al riguardo si consideri la legislazione degli anni '40 del secolo scorso in materia di cambiale agraria. Detta legislazione -sviluppatasi anche da ultimo mediante la legge 185/92 art. 3, comma 2, lett. C- ha progressivamente introdotto elementi negoziali tipici del mondo agrario tale da offrire un primo *vulnus* alla totale astrattezza della cambiale ordinaria.

Si consideri inoltre la legge 28.11.1965 n. 1329 (la cosiddetta legge Sabatini dal nome del suo relatore in Parlamento) recante il titolo "provvedimenti per l'acquisto di nuove macchine

utensili" e mirata ad incentivare lo sviluppo dell'industria nazionale introducendo disposizioni finanziarie dirette a tale scopo.

Senza dover qui entrare nel merito del contenuto complessivo di detta legge, e delle problematiche che le disposizioni ivi contenute comportano, preme segnalare che gli articoli 10 e 12 dettano disposizioni speciali, relative alle cambiali rilasciate dal compratore di nuove macchine utensili, e che prevedono la trascrizione su ciascuna cambiale di tutti gli elementi del contratto in forza del quale esse sono state emesse nonché la disciplina speciale del loro sconto presso determinati Istituti di credito.

In ragione di tali disposizioni, è del tutto evidente che la astrattezza della cambiale -riconducibile al fatto che la convenzione di Ginevra non prevedeva ed anzi vietava indicazioni diverse dall'astratto impegno di pagare una determinata somma ad una determinata scadenza- ha finito per perdere, così come avvenuto per l'assegno, questo suo connotato fondamentale. Ed infatti in base alla richiamata legge Sabatini la cambiale ivi prevista essa deve contenere tutti gli elementi del contratto in forza del quale la stessa cambiale deve essere emessa.

In ragione di tale nuova veste giuridica che le cambiali hanno assunto in base della legge 28.11.1965 n. 1329, in un importante convegno di studi dedicato alla responsabilità delle banche è stata per la prima volta affermata la tesi secondo cui le cambiali previste da detta legge debbono ritenersi titoli "ad astrattezza attenuata". Sul punto si veda Polastri Menni, la responsabilità della banca secondo la legge Sabatini in Responsabilità contrattuale e extracontrattuale delle banche, Milano 1986, pag. 317 e segg..

Tale affermazione sulla mutazione della disciplina cambiaria e quindi sulla sua attribuzione di "titolo ad astrattezza attenuata" ha trovato conferma anche da parte della dottrina successiva.

E' a questo punto dato concludere che entrambi i titoli che, per lungo tempo, hanno dominato, anche grazie alla loro astrattezza, le transazioni economiche commerciali nei giorni nostri hanno entrambi subito radicali modifiche che ne hanno anche comportato una sensibile riduzione del loro uso.

Ed infatti l'assegno, sempre in ragione delle esigenze di trasparenza nelle operazioni finanziarie, è stato sostituito dal bonifico bancario contenente l'indicazione della sua causale, mentre la cambiale tratta ha visto ridotta la propria frequenza proprio per l'insorgere via via nel tempo delle varie disposizioni legislative surricordate che hanno finito per attenuare e in taluni casi per elidere la originaria astrattezza che aveva presieduto la loro ideazione nell'alto medioevo e la loro disciplina moderna nella convenzione di Ginevra.