

PROFILI BANCARI NELLA CIRCOLAZIONE DEI TITOLI DI CREDITO

Relatore:

prof.ssa Maria COSTANZA

*straordinario di istituzioni di diritto privato
nell'Università di Parma*

Il discorso sul ruolo della Banca nella circolazione dei titoli di credito muove necessariamente dalla più generale questione della responsabilità degli istituti di credito nei riguardi di clienti e, più in generale, dei fruitori dei servizi bancari.

L'attività dell'erogazione del credito unitamente con quella della raccolta di danaro, quale funzione istituzionale della banca pone in evidenza che il rischio connesso con l'esercizio dell'impresa bancaria coinvolge non solo l'imprenditore ma anche i titolari dei depositi.

Questo rilievo è importante, perché impone di guardare ai problemi della responsabilità della banca in una prospettiva che non trascuri le esigenze di coloro che affidano agli istituti di credito i propri risparmi.

In questa prospettiva occorre collocarsi anche nell'esame del tema delle negoziazioni bancarie dei titoli di credito.

Invero, al profilo della protezione dei depositari si è dato rilievo prevalentemente, se non esclusivamente, in relazione ai problemi delle erogazioni di credito compiute in modo scorretto o, addirittura illecito, così da configurare ipotesi di malversazione.

Ma la questione si propone, invece, anche come chiave di lettura dell'argomento al quale sono più direttamente rivolte le considerazioni che seguono.

Infatti il pagamento o, più in generale, le negoziazioni di titoli, se e correttamente effettuate dalla banca, possono tradursi, per i titolari dei depositi, nella diminuzione, più o meno significativa, della sicurezza di ottenere l'esatta attuazione dei propri diritti restitutori.

Pretendere che le banche operino con rigore significa, perciò, garantire la posizione dei risparmiatori, più che sanzionare gli istituti di credito.

* * *

La circolazione dei titoli di credito e in particolare dei titoli al portatore pone come primo problema quello della verifica dell'effettiva emissione del documento; più semplicemente: la questione della falsificazione della firma del correntista.

La giurisprudenza formatasi sull'argomento, nel corso degli anni cinquanta, sulla scorta delle tesi enunciate dalla dottrina più accreditata (VIVANTE, ASCARELLI) aveva affermato che la banca era sempre responsabile per il pagamento di assegni falsificati, salvo che non sussistessero ragioni di colpa a carico del correntista (Cass. 19 aprile 1953, in *Foro it.*, 1954, I, 49).

Questa conclusione si fondava principalmente sull'idea che dovessero ricadere sulla banca tutte le conseguenze del suo operato, in ragione del rischio, proprio dell'impresa creditizia. Nel 1958 (Cass. 5 febbraio 1958, n. 332, in *Foro it.*, 1959, I, 68) al S.C. ha mutato orientamento e ha, quindi, affermato che alla banca, in caso di pagamento di assegno falsificato, potesse essere ascritta la responsabilità, solo se ci fosse la prova della sua colpevolezza. In mancanza di tale elemento, i rischi dovevano ricadere esclusivamente sul correntista.

A questa soluzione i giudici pervennero sulla base della norma dell'art. 1856 cod. civ. e delle regole che governano lo svolgimento del mandato (art. 1710 cod. civ.).

Il richiamo alla regola di diligenza del buon padre di famiglia, si risolveva, nella sostanza, in una valutazione favorevole alla banca.

Il riferimento al canone di diligenza offriva, tuttavia, degli spazi per una valutazione più rigorosa dell'operato della banca.

L'art. 1176 comma 2 cod. civ. infatti consente una gradazione della diligenza in funzione del tipo di attività o meglio di prestazione svolta.

Ma per giungere a questa conclusione dovettero trascorrere quasi trenta anni.

Un primo accenno alla questione si legge già nella decisione della Cassazione 28 giugno 1981, n. 4209 (*Foro it.*, 1981, I, 473).

Solo nel 1985 (Cass. 9 maggio 1985, n. 2885, *Foro it.* 1986, I, 242) però si afferma con più chiarezza la tesi della rigorosa valutazione dell'attività degli istituti di credito, e, in generale della necessità di un comportamento prudente, prima di mettere all'incasso il titolo.

Il problema della diligenza della banca, quale regola per stabilire se vi sia o meno stato inadempimento da parte dell'istituto di credito apre l'ulteriore questione, dell'onere della prova.

E' chiaro, infatti, che, ove si addossasse la prova della diligenza della banca del correntista, si finirebbe immediatamente per porre questo soggetto in una condizione sfavorevole e tale da rendere inutile l'applicazione della norma dell'art. 1176 comma 2 cod. civ.

La giurisprudenza è stata però coerente. Infatti, partendo dalla natura contrattuale del rapporto che lega il correntista alla banca, si è affermato che il pagamento di assegno falso, in quanto riconducibile alla fattispecie dell'inadempimento, implica che sia l'inadempiente a dover fornire la dimostrazione di aver fatto tutto il possibile per attuare gli impegni assunti (art. 1318 cod. civ.) (Cass. 9 maggio 1985, n. 2885).

In altre parole: la tecnica seguita è quella delle presunzioni semplici (art. 2729 cod. civ.), di colpevolezza a carico delle banche.

* * *

Altra fattispecie esaminata dai nostri giudici è quella del pagamento di assegno con clausola "non trasferibile".

La clausola si differenzia da quella "non all'ordine".

La prima, almeno secondo la dottrina più seguita (PELIZZI, MARTORANO), non renderebbe il titolo intrasferibile, ma limiterebbe esclusivamente la legittimazione alla presentazione del titolo per l'incasso, in base a semplice girata.

La clausola di non trasferibilità è stata introdotta dal R.D. 7 ottobre 1923 n. 2293.

La legge sull'assegno bancario, all'art. 43, stabilisce che non ha effetto liberatorio per la banca il pagamento di assegno non trasferibile a persona diversa dall'intestatario del titolo.

Di questa disposizione la giurisprudenza ha dato varie interpretazioni.

Inizialmente i giudici del S.C. hanno seguito una linea molto rigorosa, affermando l'assolutezza del rischio della banca, indipendentemente dalla diligenza usata nell'identificare il presentatore del titolo (Cass. 7 ottobre 1953, n. 3133 in *Banca, borsa, tit. cred.* 1959, 17, 299).

A questa conclusione si è pervenuti facendo riferimento alla norma dell'art. 1992 cod. civ. Se, infatti, si leggesse la norma dell'art. 43 1.a. come una regola di responsabilità nei limiti del dolo o della colpa grave, essa risulterebbe del tutto inutile. Invero la disposizione del Codice non fa riferimento alla colpa tout court; cosicché l'art. 43 1.a. potrebbe inserirsi nello spazio lasciato vuoto dalla regola del Codice.

Ma per la Cassazione, sarebbe irrilevante anche l'erroneo, incolpevole pagamento eseguito dalla banca a persona diversa dall'intestatario.

Questa soluzione è parsa anche l'unica capace di proteggere gli interessi del prestatore del titolo, in caso di smarrimento o sottrazione.

A questo argomento la dottrina, (GUALTIERI, in *Giust. civ.*, 1968, I, 774) ha aggiunto una ulteriore motivazione: la impossibilità di utilizzare la procedura dell'ammortamento del titolo.

A questo indirizzo si contrappone quello adottato dal S.C. nel 1968 (Cass. 9 luglio 1968, n. 2360, *Banca, borsa tit. cred.*, 1968, II, 495).

La svolta è consistita in una rilettura della norma dell'art. 43 l.a., nella quale assume rilevanza la diligenza adottata dalla banca nell'identificazione del presentatore del titolo.

La soluzione interpretativa propone, cioè, l'applicazione della regola generale dell'art. 1189, relativo alla efficacia del pagamento effettuato a favore del creditore apparente.

Il rigore della soluzione adottata dalla giurisprudenza più risalente era effettivamente eccessiva, in quanto finiva con l'accollare alla banca una responsabilità più che oggettiva.

Infatti, la responsabilità dell'imprenditore, ancorché svincolata dai suoi stati soggettivi, presuppone comunque l'esistenza di un illecito per dolo o colpa del sottoposto.

Il riferimento al criterio del comportamento colpevole, poi, affida all'interprete la determinazione dei canoni comportamentali che la banca deve seguire, per sottrarsi alla responsabilità.

La falsificazione dei documenti di identità, da parte del presentatore del titolo basta a *sollevare* l'istituto di credito da responsabilità?

L'assenza di colpa sussiste solo nell'ipotesi di omonimia? L'autorizzazione dell'emittente è condizione necessaria e sufficiente per l'efficacia del pagamento?

Il punto centrale della questione non è, però, la definizione dei limiti della colpa, ma la individuazione del valore della clausola non trasferibile.

La clausola rappresenta un limite alla disponibilità del titolo rappresentato nel diritto.

Tale limite è, per altro, relativo perché è consentita una girata a favore di un istituto di credito delegato all'incasso.

Deve, poi, rilevarsi che il titolo non trasferibile se si sottrae al meccanismo della girata, non esclude il conferimento di un mandato all'incasso da parte dell'intestatario del titolo.

Da queste considerazioni discende che il problema del pagamento, a persona diversa dall'intestatario deve essere esaminato, distinguendo le due ipotesi sopra indicate.

Alla banca può, quindi, presentare il titolo personale che abbia sottratto il titolo e che agisca come se fosse l'intestatario, oppure come soggetto giratario.

Nella prima situazione, il pagamento effettuato dalla Banca potrà avere effetti liberatori solo se essa abbia operato incolpevolmente, secondo le regole elaborate con riferimento all'assegno falsificato.

Nel caso di girata tout court invece, l'assegno è impagabile, in quanto la clausola di non trasferibilità esclude proprio l'operatività del meccanismo della girata.

Conseguentemente, se la banca paga, ogni rischio è a suo carico, in quanto il pagamento è in sé atto colpevole.

Quanto alla ipotesi del mandato all'incasso conferito ad un terzo dall'intestatario del titolo, il pagamento effettuato a favore del mandatario dovrebbe avere effetti liberatori anche in applicazione della norma dell'art. 1188 cod. civ.

Questa conclusione, del resto, si concilia e con la natura della clausola di non trasferibilità e con la sua funzione di tutelare non solo l'intestatario, ma anche l'emittente del titolo.

La esistenza di un mandato all'incasso, per altro, potrebbe anche non sollevare la banca da responsabilità ove emergesse una sua colpa, per aver agito con negligenza. Ma tale negligenza dovrebbe essere dimostrata dal soggetto che contesta la legittimità del pagamento. L'indicazione di un mandato all'incasso, infatti, pone la banca nella condizione di colui che paga al titolare del credito rappresentato nel titolo.

In più, l'intestatario del titolo che avesse smarrito o avesse subito il furto del titolo dovrebbe provvedere a cautelarsi contro eventuali abusi di terzi, attraverso la procedura di cui agli art. 75 e 86 l.a.

Altra ipotesi di possibile responsabilità della banca per pagamento di titoli al portatore si evidenzia, allorché il titolo venga pagato previa dichiarazione dei “bene fondi”.

La banca che paghi dopo aver ottenuto dall’istituto trattario la assicurazione del bene fondi, potrà, qualora risulti che mancava la provvista, agire per il rimborso, ovviamente solo dopo aver dato la prova del reale pagamento del titolo.

La responsabilità della banca trattaria è extracontrattuale (Cass. 22 gennaio 1976, n. 192, in *Foro it.*, 1976, I, 615).

La questione, per altro, può riguardare soltanto quelle situazioni nelle quali la banca delegata al pagamento chieda prevalentemente l’esito dell’assegno ovvero qualora la banca trattaria abbia subordinato il pagamento alla autorizzazione.

Infatti, in materia di assegno bancario, si prescinde dall’esistenza di una provvista e il pagamento effettuato senza copertura è irripetibile.

Al pagamento in valuta va equiparato l’accredito su conto corrente.

Quanto alla natura della dichiarazione del bene fondi, trattasi non già di dichiarazione di volontà, ma di scienza.

Tuttavia, la banca trattaria, che emette l’autorizzazione, agisce nello stesso modo del delegato di pagamento. Questi, nel momento in cui dichiara l’esistenza della provvista, accetta implicitamente l’incarico e conseguentemente, è tenuto al pagamento, ancorché tale impegno abbia natura extracartolare.

* * *

Altra ipotesi di responsabilità della banca si è presentata nel caso della esecuzione di operazioni da effettuarsi su piazza, nel caso di inesistenza di filiali nel luogo in cui deve essere effettuato il pagamento.

Quale fattispecie di riferimento si considera quella decisa dalla Cassazione nel 1972 (Cass. 25 ottobre 1972, n. 3215 in *Banca borsa. tit. cred.* 1973, II, 223).

Una banca straniera non presente nel territorio italiano aveva incaricato una banca corrispondente di incassare titoli rappresentativi del corrispettivo di una fornitura di beni.

La banca incaricata avrebbe dovuto verificare la copertura dei titoli onde consentire al fornitore la certezza di ricevere il pagamento.

Invece la banca si era limitata a far accettare i titoli.

La fornitura venne eseguita, ma i titoli tornarono insoluti.

Il S.C. ha ritenuto responsabile la banca mandataria per violazione delle regole sull’esercizio del mandato e tale responsabilità si pone direttamente nei riguardi del mandante.

Infatti la norma dell’art. 1856 relativa alla delega dell’attività bancaria da parte di istituti non presenti sulla piazza in cui deve effettuarsi l’operazione, configura un’ipotesi di sostituzione necessaria nell’esecuzione del mandato (art. 1717 cod. civ.), con conseguente possibilità, per il mandante, di agire, in caso di inadempimento, direttamente contro il sostituto.

* * *

Un’ultima questione, per altro di difficile soluzione riguarda il caso dei titoli cambiari dati in garanzia e illegittimamente fatti circolare dal creditore.

La banca difficilmente può sottrarsi al pagamento se il titolo viene presentato dal giratario, anche in presenza di inibitoria, stante l’astrattezza del titolo, e anche nel caso di mala fede del giratario.

In tale situazione, probabilmente, la tutela dell’emittente può trovarsi solo in sede penale.

* * *

I segnali che si ricevono dalla giurisprudenza formatasi intorno ai problemi connessi con la circolazione dei titoli di credito, sono di un tendenziale rigore nei confronti degli istituti di credito.

La motivazione *lato sensu* ideologica sottostante a questo orientamento sembra però ancora legata all'idea del rischio di impresa più che al riscontro dell'esigenza di assicurare che i servizi bancari vengano eseguiti nel modo più idoneo ad evitare sprechi di risorse finanziarie che si risolvono poi in un abbassamento della soglia di tutela dei titolari dei depositi.

Tuttavia, non si può non rilevare che, anche se diversamente motivato il rigore nella valutazione dell'operato della banca fornisce una sollecitazione ad agire per diminuire l'entità del rischio imprenditoriale, in funzione più della natura del servizio che delle caratteristiche soggettive dell'ente che lo svolge.