

**L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società
contemporanea: tramonto della carta moneta
e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale (*)**

Prof. Avv. Bruno Inzitari

*Ordinario di Istituzioni di Diritto Privato - Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Milano-Bicocca*

(*) **Il tema della circolazione del danaro e dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante strumenti diversi dal danaro contante, è stato oggetto dell'ordinanza 28 giugno 2006 n. 14587, III sez. civ. di rimessione alle Sezioni Unite della Cassazione così massimata: “Sussiste contrasto tra le diverse sezioni della Corte di Cassazione relativamente all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie mediante pagamento con assegno circolare, in particolare se tale modalità di pagamento costituisca una datio in solutum come tale rifiutabile dal creditore oppure se il debitore possa liberarsi dall'obbligazione con la trasmissione dell'assegno circolare al creditore a meno che questi non gli opponga un rifiuto sorretto da un giustificato motivo. La questione viene rimessa pertanto alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374 comma 2 c.p.c.”.** Per il commento dell'ordinanza v. PICCININI, *In tema di adempimento delle obbligazioni pecuniarie mediante assegno circolare*, in Banca, Borsa e Tit. cred., II, 2007.

1. L'obbligazione pecuniaria costituisce la forma di obbligazione più frequente e diffusa. Essa, per le sue caratteristiche di totale astrattezza della prestazione, è percepita come il prototipo assoluto dell'obbligazione generica. Pur essendo la figura largamente assorbente l'intero diritto delle obbligazioni, non cessa di alimentare un articolato e certamente non semplice dibattito su profili applicativi che rivestono una rilevanza tutt'altro che marginale per la stessa definizione della natura dell'obbligazione pecuniaria.

L'interrogativo che nuovamente viene proposto¹, 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

¹ Cfr. 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..

circolante (banconote o monete), in altro modo e cioè attraverso mezzi alternativi di pagamento (assegni circolari, di conto corrente, bonifici, ecc.).

Va osservato che nella esperienza pratica (e tanto più in quella del mondo degli affari), l'estinzione della più parte delle obbligazioni pecuniarie e della pressoché totalità di quelle di rilevante importo, avviene non certo attraverso l'utilizzazione del danaro contante (banconote o monete), ma attraverso 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.

La questione, in realtà, sorge in contesti di acuto contrasto tra creditore e debitore (contesti, ritengo, in verità, poco rappresentativi dei rapporti che solitamente si instaurano tra creditore e debitore che, specie nel momento del pagamento, tendono alla collaborazione piuttosto che alla esasperazione delle reciproche posizioni), nei quali il primo, a fronte dell'offerta del debitore di adempiere con 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 eccezione creditoria così netta, il problema 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. La questione è quella della rifiutabilità o meno da parte creditore del pagamento effettuato piuttosto che con denaro contante, con mezzi alternativi di pagamento.

Il punto è stato ritenuto ancora dibattuto dai giudici di Cassazione, i quali, di fronte all'avvicinarsi di posizioni delle diverse sezioni che nel tempo si sono diversificate, hanno investito del tema le Sezioni Unite².

2. Il quesito che si pone è se effettivamente il creditore possa giustificatamente pretendere che il debitore paghi il debito con la corresponsione della moneta contante, pena la sua dichiarazione di inadempimento ed i conseguenti effetti di *mora debendi*. Tale quesito, sotto il

² V. ordinanza di rimessione della Cass., 28 giugno 2006, n. 1457, con nota di PICCININI, *In tema di adempimento delle obbligazioni pecuniarie mediante assegno circolare*, in *Banca, Borsa e Tit. Cred.*, II, 2007.

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.

Deve essere considerato che la valutazione di 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 siano 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 loro³. 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 risultato⁴.

³ Cfr. INZITARI, *La moneta* (nt. 1), p. 25 ss.

⁴ 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

3. 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 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, autonomamente nella sua autonomia negoziale, rinuncia a far valere l'inesattezza dell'inadempimento e decide di considerarsi soddisfatto anche ricevendo una prestazione diversa da quella dovuta.

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 che ritengo non condivisibile e comunque superata 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*; e lo stesso Autore aggiunge che 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*; ed ancora prosegue, affermando che all'unità di misura ed ai pezzi si deve fare

il quale il debito si estingue solo quando la prestazione eseguita è divenuta efficace nei confronti del creditore.

riferimento per determinare il concetto di danaro esistente nello specifico ordinamento⁵.

L'identificazione tra moneta contante in forma di banconota e danaro inteso come astratta unità ideale di misura, risulta 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*. Secondo Ascarelli con l'espressione *corso forzoso*, che lo stesso Autore, precisa, viene usato anche per l'inconvertibilità, *l'unità legale di misura è costituita dalla carta moneta che svolge la sua funzione di unità di misura perché sottoposta appunto a corso forzoso*. Il *corso forzoso*, dunque, secondo l'illustre studioso, costituisce una peculiare disciplina dei debiti di danaro e tale termine corso forzoso concerne tanto la disciplina dell'unità di misura, quanto dei pezzi monetari⁶.

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 dell'Ascarelli 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 centrali⁷.

Questo più che comprensibilmente induceva a ritenere, come risulta dal pensiero dell'Ascarelli, che se pure il concetto di danaro si identificava in

⁵ Cfr. ASCARELLI (nt. 1), 41.

⁶ 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*”.

⁷ 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*”.

quello di astratta misura di valore e di scambio, esso poi si sostanziava nella moneta materialmente coniata e stampata dallo Stato.

È del tutto giustificato pertanto che, una volta che la moneta contante (o come afferma l'Ascarelli, 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 riveste quel requisito di *esattezza* idoneo a procurare la liberazione del debitore.

Risulta pertanto del tutto conseguente per l'Ascarelli escludere l'efficacia liberatoria dei mezzi di pagamento diversi dal danaro (il riferimento viene da questo fatto agli assegni bancari e assegni circolari). Gli assegni tanto bancari ma anche circolari quando vengono *dati in sostituzione del pagamento in moneta cui ha diritto il creditore* sono privi dell'efficacia liberatoria in quanto, secondo tale opinione, tale efficacia spetta unicamente al pezzo monetario, verificandosi altrimenti una dazione in pagamento (*datio pro soluto o pro solvendo*)⁸.

4. In realtà non può che osservarsi che, nel complessivo sistema delle obbligazioni pecuniarie, non appare giustificato attribuire alla moneta contante e cioè (alla *carta moneta* come diceva la citata dottrina Ascarelli) quel significato concettuale e quella funzione di *unità legale di misura dei valori* che appunto Ascarelli 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 Stato⁹.

⁸ ASCARELLI (nt. 1), 61 ss.

⁹ INZITARI, *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.

Come ho già avuto modo di rilevare, la moneta emessa dallo Stato sotto forma di carta moneta o di moneta coniatata divisionaria non può essere 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 Stato¹⁰.

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. E' 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 perchè 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 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 insicura¹¹.

¹⁰ INZITARI (nt. 1), 24.

¹¹ Costituisce ormai una considerazione ricorrente quella secondo cui nelle società più evolute 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,

In conclusione, nella società contemporanea si è assistito al moltiplicarsi ed all'ampliamento della circolazione di unità monetarie e contemporaneamente ad una significativa riduzione della circolazione di pezzi monetari. Allo stesso modo si è assistito all'ampliamento della detenzione di unità ideali monetarie sotto forma di 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 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.

Sembra di poter dire che le limitazioni legali, 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

elettronica, ecc., mostrano una obbiettiva diversità di 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.

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 *jargon* 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.

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.

Il tema del carattere obbligatorio della modalità del pagamento con dazione al creditore di moneta in contanti e quindi della rifiutabilità da parte di quest'ultimo della prestazione pecuniaria, effettuata attraverso altre forme di attribuzione delle unità monetarie, è matura per essere radicalmente rivisitata. Allo stesso modo sono maturi i tempi per la costruzione di una moderna teoria giuridica della circolazione ed attribuzione delle *monetary unit* del tutto svincolata da ogni erroneo oltre che anacronistico, riferimento alla moneta contante, consistente nelle banconote e nella moneta divisionaria emesse dallo Stato.

5. È necessario fare riferimento all'art. 1277 c.c.. Esso apre la disciplina delle obbligazioni pecuniarie, sancisce il principio nominalistico e detta la regola della liberazione del debitore pecuniario. Con tale norma si stabilisce, infatti, nel nostro ordinamento il principio dell'estinzione del debito pecuniario con moneta avente corso legale al tempo del pagamento. La regola che viene affermata è quella della liberazione del debitore con dazione della moneta contante al creditore.

Tale prescrizione, in realtà, non è rivolta a stabilire che il creditore possa pretendere quale modalità di pagamento la diretta corresponsione della moneta contante, bensì ad escludere che il creditore pecuniario possa

pretendere dal debitore una prestazione avente per oggetto qualcosa di diverso rispetto alle unità monetarie create dallo Stato alla moneta avente corso legale stesso.

Si tratta di un principio funzionale alla attuazione della sovranità monetaria dello Stato, in quanto sta a significare che il creditore non può rifiutare la moneta contante e, se la rifiuta, non solo il debitore non può essere considerato inadempiente, né può essere considerato in mora, ma può intervenire a carico del creditore la *mora credendi*. Ma questo non vuol dire che dalla stessa norma sia ricavabile l'ulteriore e diversa regola che l'unica possibilità concessa al debitore di liberarsi dalla obbligazione pecuniaria consista nella corresponsione di moneta contante (banconote e monete) e che il creditore possa rifiutare la prestazione pecuniaria effettuata con mezzi alternativi di pagamento.

In realtà, non vi è alcun ostacolo alla possibilità di valutare e regolare anche la prestazione pecuniaria nel generale sistema dell'adempimento dell'obbligazione che risulta, come è noto, scandito dalla diligenza in tutte le sue proiezioni applicative. È vero, infatti, che la piena liberazione avviene solo con la definitiva attribuzione al creditore delle unità monetarie nella quantità che esprime la somma di danaro dovuta.

La rubrica dell'art. 1277 c.c. definisce infatti il debito pecuniario non certo debito di moneta in contanti ma piuttosto *debito di somma di danaro* in quanto oggetto della prestazione è l'obbligo di attribuire al creditore le *monetary unit* create dallo Stato.

Il buon fine di tale attribuzione della somma di danaro comporta la soddisfazione del credito pecuniario e quindi la liberazione del debitore.

Ma è altrettanto vero che le modalità di attribuzione della somma di danaro dovuta, sono parte del sistema dell'adempimento dell'obbligazione e vengono necessariamente scandite da criteri cardine che sono espressione di quel sistema, vale a dire dalla diligenza e correttezza, criteri che il debitore segue con tutte le specificazioni richieste a seconda della natura della prestazione e delle circostanze.

Non si rinviene in ogni caso nella disciplina specifica dell'obbligazione pecuniaria, la previsione per il debitore di un obbligo di adempimento con la dazione di moneta contante. Sul debitore incombe, piuttosto, l'obbligo di attribuire in modo certo e definitivo al creditore la somma di danaro. Il debitore a sua volta sceglie gli strumenti e le modalità di attribuzione,

secondo criteri che sono idonei a trasferire la somma di danaro secondo efficienza e sicurezza, senza che il creditore possa validamente opporsi se non nei casi in cui le sue possibilità di soddisfazione siano in realtà compromesse.

6. Né l'obbligo per il debitore di effettuare il pagamento in moneta contante e per il creditore di rifiutare qualsiasi altra forma di pagamento diversa dalla dazione di banconote può essere dedotto dal principio nominalistico, espressamente previsto all'art. 1277 c.c., che individua il danaro unicamente quale unità monetaria e cioè quale mero segno astratto e formale, totalmente ed unicamente definibile attraverso il suo *nomen* legale e conseguentemente stabilisce che il valore da considerare è quello nominale dell'unità di misura monetaria dello Stato.

Da questo generale ed imperativo principio deriva una ben più rilevante e generale regola: quella secondo cui tra la somma di danaro per la quale il debitore è obbligato e quella che questi deve corrispondere per liberarsi dall'obbligazione non può sussistere una diversità numerica. Il debitore infatti si libera corrispondendo il medesimo numero di unità monetarie per le quali era obbligato. Di qui l'irrelevanza delle modificazioni del potere d'acquisto delle unità monetarie e di qui la regola per cui una volta che il debito pecuniario è stato determinato in una certa quantità della unità monetaria, esso dovrà estinguersi con una quantità di pezzi monetari corrispondente a quella originariamente pattuita o comunque stabilita dal titolo.

La formulazione più chiara e pragmatica di questa regola è tutt'ora contenuta nel codice francese e conseguentemente era contenuta nel codice italiano del 1865, agli artt. 1865 del *code* e 1821 del c.c. del 1865, che avevano cura di specificare che *l'obbligazione risultante da un prestito in danari è sempre della medesima somma numerica espressa nel contratto.*

La sapienza con cui è costruita questa regola che per la sua limpida comprensibilità assume al rango di definizione ordinante il sistema stesso, risiede tutto nel riferimento alla identità quantitativo numerica dell'obbligazione pecuniaria dalla quale emerge la consapevolezza del contenuto meramente astratto dell'obbligazione pecuniaria, quale obbligazione che si definisce solo in termini quantitativi di una mera somma numerica.

Si tratta di una consapevolezza che precede il codice napoleonico. Il Pothier, nella trattazione dedicata al “*prestito di consumo*”, sosteneva la irrilevanza delle variazioni di valore subite dal danaro nel lasso di tempo che va dalla concessione del mutuo alla restituzione della somma, affermando il principio che “nella moneta non si considerano i corpi o specie monetarie, ma soltanto il valore che il principe vi ha annesso: *in pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem*”.

Il grande giurista d’Orleans pur non avendo potuto vedere la rivoluzione (Pothier muore sempre ad Orleans nel 1772) anticipò molti contenuti e principi del codice napoleonico e proprio in relazione alla moneta aggiungeva: “Le monete in ispecie non sono che il segno pubblico di questo valore [il valore assegnato dal principe] che solo viene considerato ‘*Ea materia forma publica, percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate*’¹²”.

Anche se non espressa direttamente una tale straordinaria definizione e regola sottintende la consapevolezza della natura meramente astratta del danaro, e da questa consapevolezza potrà poi germogliare la moderna definizione del danaro come astratta unità ideale (*monetary unit*).

Del resto nel legislatore napoleonico non poteva non essere ben viva l’esperienza della rivoluzione dell’89 che, assieme al vecchio ordine aveva sepolto anche la moneta coniata avente valore intrinseco e aveva imposto per la prima volta nella storia, gli assegnati e cioè titoli del debito pubblico, destinati a divenire dal 1789 al 1797, carta moneta, meri segni cartacei privi di valore intrinseco rappresentativi della nuova sovranità monetaria della rivoluzione¹³.

Il legislatore del 1942 ha certamente proseguito in questo solco e nella stessa ormai inarrestabile direzione, ma nella regola che ha dettato all’art. 1277 si

¹² Cfr. POTHIER, *Opere di Pothier, Trattato del contratto di prestito di consumo e delle materie che vi hanno rapporto*², II, Livorno, 1842, 231.

¹³ La Francia del 1789, al fine colmare la crisi e colmare il deficit dello Stato che fu una delle ragioni che aveva portato alla convocazione degli Stati Generali, procedette alla confisca dei beni della chiesa, ed alla emissione di titoli cartacei, gli assegnati, che sarebbero stati garantiti dai beni confiscati. Furono effettuate diverse emissioni, dapprima fruttiferi di interessi al 5% e successivamente al 3%, e dal 1790 senza interesse ed anche per piccoli tagli, divenendo un vero mezzo di pagamento a corso forzoso. L’aumento delle emissioni e la grave crisi finanziaria causata anche dalla guerra sopravvenuta, comportò una progressiva svalutazione degli assegnati. Nel 1797 furono del tutto monetizzati ed ammessi al cambio con moneta metallica soltanto all’1% del loro valore e così si venne a chiudere questo primo esperimento inflazionistico di finanza straordinaria.

avverte quella tendenza concettualistica definitoria che talora ha appesantito il codice del 1942.

Ho avuto modo di rilevare a questo riguardo, che all'espressione *valore nominale* usata nell'art. 1277 sarebbe stata preferibile quella di *somma nominale*, in quanto non è al valore intrinseco che si fa riferimento ma alla identità numerica della somma pagata rispetto alla somma indicata nel titolo¹⁴.

In altre parole la peculiarità della regola risiede proprio nel fatto che *il debitore non deve assicurare al creditore un valore ma una quantità di unità monetarie* numericamente identico a quello originariamente stabilito al momento in cui è sorta l'obbligazione¹⁵.

Emergono in questo modo all'interno del principio nominalistico così come stabilito dall'art. 1277 c.c., diversi profili e livelli di cogenza: quello assolutamente imperativo del potere liberatorio della moneta legale (*Zahlungskraft, legal tender*), e poi quello del valore nominale della moneta e quindi della identità numerica della quantità di moneta da prestare con il pagamento rispetto a quella originariamente stabilita nel titolo, profilo quest'ultimo suscettibile di essere derogato attraverso opportune clausole pattizie di valorizzazione e di adeguamento generalmente praticate ed ammissibili; essendo stati superati i dubbi che, particolarmente in altri paesi accompagnavano le pratiche di valorizzazione del debito pecuniario¹⁶.

In relazione al pagamento, la regola avente carattere imperativo che si desume dal principio nominalistico, così univocamente affermato nell'art 1277 c.c., riguarda l'efficacia solutoria del pagamento effettuato attraverso la

¹⁴ INZITARI (nt. 1), 75.

¹⁵ L'interpretazione della espressione valore nominale è risultata peraltro non priva di difficoltà. Essa viene riferita talora al *valore numerico segnato sulla moneta ed indicato in multipli e sottomultipli della unità di misura monetaria*, così BIANCA, *Diritto Civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano 1990, 143. Ci sembra piuttosto che il valore nominale non consista nel numero impresso nel pezzo monetario coniato o stampato, bensì nel numero di unità ideali monetarie che sono esigibili nel numero stabilito nel titolo e rispetto al quale, il numero scritto nelle banconote o impresso nelle monete serve solo a distinguere le monete tra di loro ed a renderle idonee all'uso di veicolo rappresentativo delle unità astratte monetarie dosandone la quantità.

¹⁶ Il riferimento è alla esperienza francese e particolarmente tedesca ove, ad es. il § 3, parte II della *Währungsgesetz* per lungo tempo costituì un ostacolo alla negoziabilità della valorizzazione del credito ed alla ammissione di clausole monetarie nei contratti: sul punto v. INZITARI, (nt. 1), 139.

corresponsione di moneta legale e conseguentemente l'assoluta inefficacia di qualsiasi eccezione del creditore volta a rifiutare l'offerta della moneta avente corso legale dello Stato.

L'effetto è di assicurare alla moneta adottata dallo Stato¹⁷ l'efficacia di mezzo di pagamento attraverso il riconoscimento della piena liberazione dal vincolo obbligatorio al debitore che paga con la moneta avente corso legale di carattere pecuniario. L'affermazione della regola relativa all'estinzione del debito pecuniario con moneta legale, è dunque il mezzo con cui in concreto si dà effettività al più ampio principio della sovranità monetaria, la quale manifesta il carattere di obbligatorietà della moneta dello Stato proprio attraverso il principio della sua non rifiutabilità da parte del creditore pecuniario.

7. Del tutto diverso è il tema del pagamento effettuato, piuttosto che con pezzi monetari (banconote o moneta divisionaria), attraverso strumenti generalmente definiti quali mezzi alternativi di pagamento quali, tra gli altri, gli assegni circolari o di conto corrente, bonifici o comunque qualsiasi attribuzione al creditore di moneta scritturale.

Va subito precisato che il pagamento effettuato piuttosto che con la dazione della moneta legale attraverso i c.d. mezzi alternativi di pagamento non viola certo il principio nominalistico. Infatti, oggetto del pagamento è comunque una quantità di unità monetarie materialmente trasferite attraverso strumenti che, appunto, consentono la circolazione della unità ideale monetaria attraverso l'indicazione numerica di esse nel mezzo di pagamento. Quest'ultimo a sua volta viene utilizzato in quanto più funzionale alla circolazione e attribuzione delle unità monetarie rispetto alle inefficienze e rischiosità della circolazione materiale dei pezzi monetari (monete o banconote) rappresentativi del danaro.

In realtà, il punto che presenta le maggiori difficoltà concettuali di definizione e pertanto di comprensione nel sistema delle obbligazioni pecuniarie, risiede nella definizione del giusto rapporto tra la moneta avente corso legale creata dallo Stato (la quale costituisce moneta non rifiutabile e di per sé idonea a liberare dal debito pecuniario), rispetto ai diversi mezzi di pagamento in concreto sempre più diffusamente utilizzati per consentire al

¹⁷ Il caso più recente e senz'altro più significativo nell'intera storia della moneta, è stata l'introduzione dell'euro quale moneta unica europea, v. INZITARI, *La disciplina giuridica dell'euro quale moneta unica europea*, in questa *Rivista*, 1998, I, 113; ed ora in *Le obbligazioni* (nt. 8), 435.

debitore di attribuire al creditore la quantità di unità monetaria oggetto dell'obbligazione pecuniaria.

Va ricordato che la moneta creata dallo Stato consiste in unità meramente ideali, *ideal unit*, del tutto prive di una intrinseca materialità, definibili 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, e non certo per intrinseche qualità fisiche, per definizione del tutto assenti in una astratta unità ideale quale la moneta dello Stato contemporaneo¹⁸.

Le difficoltà risiedono nel fatto che le unità ideali monetarie create dallo Stato per realizzare la loro funzione di mezzi di pagamento, di misura dei valori di scambio, debbono necessariamente circolare, vale a dire debbono necessariamente essere attribuite di volta in volta ai diversi soggetti che all'infinito utilizzano la moneta quale *medium* di qualsiasi operazione economica.

Considerato che allo stato attuale dell'evoluzione di ogni sistema giuridico ed economico la forma di circolazione e di attribuzione delle unità ideali monetarie presenta una sua materialità e fisicità, possiamo dire che tutti gli strumenti di circolazione vale a dire tutti i mezzi di pagamento nessuno escluso, fanno circolare e consentono l'attribuzione del danaro non perché siano idonei a materializzare l'unità ideale monetaria, che per definizione essendo meramente astratta e ideale mai potrà materializzarsi, ma perché sono *rappresentativi* del danaro stesso in virtù di un riconoscimento che proviene dallo stesso mercato ed ora sempre più spesso e sempre più diffusamente dalla stessa legge, che lo impone – in modo sempre più esteso a seconda della tipologia della contrattazione o dell'attività dell'importo della somma dovuta -, come esclusivo mezzo di pagamento.

Questo vuol dire che anche i pezzi monetari emessi dallo Stato, quale moneta circolante di per sé *rappresentano e non certo costituiscono* l'unità ideale monetaria creata dallo Stato, rispetto alla quale le banconote o le monete divisionarie svolgono la funzione di veicolo materiale capace di essere scambiato ed attribuito al pari dei beni mobili nel mercato.

¹⁸ Cfr. INZITARI (nt. 1), 184.

Le banconote e la moneta divisionaria se pur appaiono lo strumento di pagamento dotato di più intensa rappresentatività della moneta ideale perché strumenti direttamente emessi dallo Stato, sono tra i mezzi di pagamento quelli che più velocemente sono destinati ad un progressivo e sempre più intenso ridimensionamento sino, ritengo, in tempi abbastanza vicini ad una pressoché definitiva scomparsa.

La fisicità e materialità delle banconote ed ancor più della moneta divisionaria sono di ostacolo alla sicurezza e alla velocità della circolazione. Esse sono del tutto inefficienti a consentire qualsiasi forma di accumulazione e di riserva di valore considerato che la detenzione del danaro contante non solo è del tutto improduttiva ma altamente costosa e densa di rischi ed infine il carattere anonimo delle banconote, bene generico e fungibile per definizione, sono inconciliabili con le esigenze di trasparenza dei patrimoni e delle contrattazioni comunemente sentite ed applicate per contrastare le attività illecite e per tutelare la concorrenza ed il mercato.

Del resto, la storia della moneta è densa di clamorosi e spettacolari cambiamenti: dalla moneta metallica che fondava il suo valore di scambio nel suo valore intrinseco, alla convertibilità della moneta cartacea, alla mera fiduciarità e corso forzoso. E' ben prevedibile che il nuovo millennio veda il definitivo tramonto di ogni corporeità anche cartacea della moneta con una rivoluzione in sostanza simile a quella che caratterizzò la società moderna con l'avvento degli assegnati. Le infinite possibilità offerte dalle scritturazioni elettroniche e dalla movimentazione informatica attraverso carte magnetiche, microchip, password, ecc. porterà presto al definitivo tramonto della circolazione cartacea della moneta ormai del tutto incompatibile con le esigenze di ordine e di efficienza e con i mezzi offerti e soprattutto necessariamente praticati dalla società digitale che informa la nostra vita di relazione.

8. Sulla base delle diverse considerazioni svolte, non si può che prendere atto che lo schema tradizionale secondo cui l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria avviene attraverso il trasferimento materiale della moneta contante, effettuato dal debitore attraverso la fisica consegna di banconote nelle mani del creditore, risulta ormai inadeguato ad esprimere l'effettivo contenuto giuridico dell'adempimento pecuniario.

A ben vedere, ciò che si avverte è una profonda modifica del contenuto e delle forme in cui avviene la *attribuzione pecuniaria* in capo al creditore.

Il pagamento effettuato attraverso la dazione del danaro stampato o coniato, è idonea a realizzare attribuzioni monetarie entro un ambito di valore e di importanza molto contenuto e soprattutto entro gli stretti limiti in cui è consentita, possibile e conveniente la trasmissione e la detenzione di danaro contante. Non va tralasciato infatti che se pure in astratto può essere possibile la circolazione e la consegna del danaro contante, pressoché inconcepibile è sicuramente accumulare banconote per detenerle. La necessità da un lato di sfuggire ai rischi di una custodia che sarebbe peraltro di impossibile attuazione e la convenienza dall'altro a ricavare dal danaro di cui si dispone un qualsiasi interesse corrispettivo, fanno sì che la moneta contante, che non viene spesa, venga trasformata in moneta scritturale e tenda poi a rimanere in questa forma, considerate le diverse possibilità che il sistema bancario offre per il trasferimento e l'attribuzione della moneta scritturale. In sostanza, la moneta contante tende a circolare solo per la realizzazione di un numero limitato di operazioni che possono essere anche molto frequenti ma che sono comunque di importanza economica contenuta.

Con le altre forme di pagamento realizzate attraverso mezzi alternativi di pagamento, l'attribuzione pecuniaria si realizza attraverso una o più operazioni negoziali, peraltro oggi assai standardizzate e sicure che hanno come risultato il sorgere in capo al creditore della titolarità di un credito pecuniario (il più delle volte verso un istituto bancario), credito di cui il creditore può disporre nella massima autonomia quale mezzo di pagamento per estinguere ulteriori crediti pecuniari di cui viene a sua volta ad essere obbligato quale debitore nell'evolversi dei rapporti economici, il cui divenire è scandito dal succedersi in capo ad ogni operatore economico del ruolo di creditore e debitore pecuniario.

In questa seconda ed ormai più che prevalente modalità di pagamento, l'effetto solutorio viene raggiunto con la definitività della attribuzione pecuniaria, la quale si realizza compiutamente quando il creditore è divenuto effettivamente titolare delle unità monetarie oggetto dell'obbligazione di somma di danaro.

Si tratta, pertanto, di una situazione sicuramente più complessa rispetto all'acquisto del possesso delle banconote per effetto della consegna effettuata dal debitore, in quanto l'attribuzione è piuttosto il risultato di una o più operazioni negoziali dalla cui attuazione il creditore consegue a suo vantaggio l'effetto traslativo di un diritto di credito avente per oggetto unità

monetarie. Con il consolidarsi di tale effetto traslativo, il creditore è legittimato a far ulteriormente circolare il diritto di credito su tali unità monetarie attribuitegli realizzando in questo modo con ben maggiore efficienza e sicurezza tutti gli atti di disposizione che avrebbe potuto realizzare con maggiore lentezza e laboriosità e con costanti rischi di pregiudizievoli perdite con la moneta contante.

Mentre l'adempimento con danaro contante realizza l'attribuzione al creditore con gli strumenti del terzo libro del codice civile, attraverso le categorie ordinanti del possesso e della proprietà, l'adempimento con mezzi diversi dal danaro si realizza attraverso gli strumenti del quarto libro, attraverso il compimento di atti che producono l'effetto reale del trasferimento del diritto, la cui previsione generale è contenuta nell'art. 1376 c.c. e completata dalle diverse formalità talora necessarie per l'opponibilità a terzi del trasferimento (artt. 1264, 1265 c.c.) oppure in annotazioni o consegna dei titoli o girate.

L'attività di adempimento della obbligazione pecuniaria, pertanto, richiede al debitore ed al creditore un comportamento di contenuto idoneo a far realizzare la attribuzione delle unità monetarie al 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 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.

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 bancarie¹⁹, alla consegna diretta o per posta di assegni

¹⁹ Sulla 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, 801, ed ora in *Le obbligazioni* (nt. 8), 879.

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 accettata²⁰.

A questo si aggiunge il già accennato estendersi di provvedimenti legislativi che addirittura vietano il pagamento del debito pecuniario attraverso consegna del contante, come è ormai disposto per i pagamenti destinati ai professionisti e come addirittura è imposto nelle contrattazioni immobiliari nelle quali al notaio è imposto di verbalizzare nell'atto la descrizione di tutti i mezzi di pagamento utilizzati per il pagamento del prezzo, con la conseguenza che in questo modo viene ad emergere l'anomalia del possesso di ingenti quantità di moneta in contanti da parte dei contraenti.

Di fronte a questa del tutto nuova ma ormai sempre più consolidata realtà, l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria deve essere inteso non più come mero atto materiale di consegna di un bene del tutto particolare consistente in un insieme di fogli di carta, costituenti banconote. L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria deve essere piuttosto intesa quale prestazione diretta alla estinzione del debito pecuniario nelle quali le parti debbono collaborare secondo un comportamento anche esso da valutare per il debitore secondo le regole della diligenza volto a far conseguire al creditore il

²⁰ 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. 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.

risultato della attribuzione patrimoniale della quantità di unità monetarie oggetto della obbligazione pecuniaria e per il creditore da valutare secondo la regola della correttezza.

L'operazione di adempimento dell'obbligazione pecuniaria attraverso mezzi diversi dal danaro può in ogni caso considerarsi efficace e liberatoria per il debitore solo se realizza gli stessi effetti che il pagamento per contanti avrebbe realizzato.

In quest'ultimo caso l'effetto satisfattorio si verifica quando il debitore ha effettuato la consegna delle banconote al creditore e questi si trova quindi nel potere di disporre delle banconote stesse. Infatti è nel potere incontrastato di disporre del danaro che il debitore ha pagato, che si realizza l'attribuzione pecuniaria.

Allo stesso modo il pagamento effettuato attraverso mezzi diversi dal danaro contante, realizza l'effetto satisfattorio quando il creditore si trova nella condizione di disporre liberamente della somma di danaro che gli è stata attribuita dal debitore.

Tale pieno potere di disporre non si realizza attraverso il compimento di una situazione di fatto bensì attraverso il definitivo consolidarsi in capo al creditore di un definitivo diritto a poter disporre delle unità monetarie, verso il terzo, per lo più una banca, che, in virtù dei diversi strumenti di registrazione della moneta scritturale, detiene le *monetary unit* sotto forma appunto di scritturazioni contabili per il creditore stesso.

9. È questo il criterio seguito anche da ultimo dalla giurisprudenza tedesca quando è stata chiamata (al pari della nostra), a valutare il carattere liberatorio o meno del pagamento effettuato con mezzi diversi dal danaro contante.

Nel diritto delle obbligazioni tedesco viene solennemente sancito al § 362 del BGB il principio secondo cui il rapporto obbligatorio si estingue quando la prestazione dovuta ha efficacia per il creditore: *Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt*, e cioè il rapporto obbligatorio si estingue quando la prestazione si è definitivamente consolidata nel patrimonio del creditore.

Attraverso tale principio la giurisprudenza tedesca, proprio affrontando le medesime tematiche del pagamento effettuato con mezzi diversi dal danaro contante, giunge ad individuare quando il pagamento sia che venga effettuato con mezzi alternativi di pagamento, o con danaro contante, risulta efficace e liberatorio per il debitore.

L'ultima pronuncia del *Bundesgerichtshof*²¹ sul tema conferma l'orientamento già affermato in passato nel pagamento effettuato attraverso bonifico bancario (*Banküberweisung*) quando la disposizione della moneta scritturale (definita efficacemente in Germania *Buchgeld*), diviene definitivamente efficace per il creditore.

Questo si verifica secondo la Suprema Corte tedesca non con la sola esecuzione della prestazione bensì quando la somma di danaro dovuta è definitivamente entrata nella piena e libera disponibilità del creditore. Tale effetto si verifica appunto quando il creditore ha la piena disponibilità della moneta scritturale (che gli è stata attribuita presso il conto bancario a lui intestato).

Non vi sono quindi dubbi sul carattere liberatorio del pagamento eseguito attraverso mezzi alternativi di pagamento (in questo caso attraverso bonifico bancario), in quanto l'estinzione della obbligazione pecuniaria si verifica nel momento in cui il creditore ha effettivamente a disposizione la somma di danaro mediante l'effettiva titolarità e piena disponibilità della moneta scritturale e non essendo a tal fine necessaria la detenzione materiale di banconote.

Resta da definire quando al debitore è consentito di attuare tale forma di pagamento attraverso bonifico bancario, in quanto il trasferimento della somma di danaro sul conto del creditore pur sempre comporta una sorta di intromissione nel patrimonio del creditore, in quanto la somma di danaro viene a questi attribuita in un contesto caratterizzato da ulteriori rapporti obbligatori, il cui raggio di azione può anche comportare effetti pregiudizievoli per l'*accipiens* creditore.

Basti pensare che il creditore pecuniario può avere un legittimo interesse ad evitare che la somma dovuta venga accreditata su un conto già debitore. Infatti il creditore potrebbe legittimamente non voler estinguere il debito verso la banca che deriva da passivo o scoperto di conto e che si

²¹ *BGH*. 28.10.1998, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, 210.

verificherebbe se l'accredito avvenisse su un conto passivo o scoperto. Come pure il creditore pecuniario potrebbe non volere che l'accredito avvenga su un conto cointestato con altri per evitare che della somma accreditata acquisti la disponibilità anche dell'intestatario.

La giurisprudenza tedesca, pur riconoscendo piena efficacia liberatoria al pagamento effettuato mediante bonifico bancario ha avuto modo di introdurre le seguenti rilevanti precisazioni: che esso non ha efficacia liberatoria se viene effettuato su un conto che, se pur è intestato al creditore, è diverso da quello che il creditore ha indicato; che la banca presso la quale è aperto il conto del creditore su cui è effettuato il bonifico deve essere inteso come mero luogo del pagamento ed indirizzo quindi del creditore per il trasferimento della moneta scritturale ma non quale terzo, che, ai sensi dei §§ 353 e 185 BGB, riceve un pagamento che a sua volta è poi efficace solo se viene consentito o fatto proprio dal creditore; che l'adempimento si verifica con l'accredito definitivo della somma sul conto senza che sia necessaria una ulteriore comunicazione al creditore; che l'adempimento mediante bonifico può essere effettuato efficacemente dal debitore oltre che nei casi in cui lo stesso creditore abbia manifestato il consenso, anche in tutti i casi in cui tale disponibilità a ricevere attraverso bonifico le somme dovute sia deducibile da indicazioni del numero di conto sulla carta intestata, dalle fatture o altre simili indicazioni che possano in buona fede indirizzare in tale senso il debitore, il quale ha precisato la giurisprudenza, in ogni caso non potrà bonificare correttamente la somma dovuta su un conto del creditore del quale ha avuto indirettamente notizia e senza alcun consenso del creditore.

Si tratta di principi che nell'ambiente tedesco vengono applicati con estrema coerenza e nitore tecnico applicativo a tutte le modalità di pagamento e quindi non solo al pagamento con mezzi alternativi ma anche al pagamento in danaro attraverso trasmissione delle banconote. Un caso deciso dal Tribunale di Prima Istanza di Colonia²² ha consentito di applicare anche al pagamento effettuato mediante consegna di banconote al domicilio del creditore le stesse regole generali sull'adempimento dell'obbligazione e sulla estinzione del debito, che abbiamo visto stabilita al § 362 BGB sopra citata. Il debitore in questo caso dal carattere emblematico dovendo restituire la somma di euro 650 quale restituzione di un mutuo ricevuto, si era recato presso il domicilio del creditore ed aveva "imbucato" nella cassetta delle lettere dello stesso creditore un numero di banconote pari alla somma dovuta,

²² AG KÖLN, 29.6.2005, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, 1600.

curando peraltro lo stesso debitore di annunciare al creditore l'avvenuta consegna del danaro nella cassetta delle lettere con un messaggio telefonico indirizzato via SMS al creditore. Il rischio della perdita della somma (che per la precarietà della modalità di consegna non era stata mai rinvenuta dal creditore), ricade sul debitore in quanto anche nel caso del pagamento effettuato attraverso la dazione di banconote al creditore, ciò che libera il debitore dall'obbligazione non può consistere solamente nell'avvenuto compimento di atti volti a immettere nel possesso delle banconote il creditore, ma piuttosto nel fatto che la prestazione pecuniaria si sia definitivamente consolidata nel patrimonio del creditore, effetto questo che non certo si verifica quando così precaria ed incerta è l'effettiva apprensione da parte del creditore della somma sia pure astrattamente consegnata nel suo domicilio.

Nel nostro ordinamento, manca una norma generale quale il § 362 BGB che lega l'estinzione dell'obbligazione al momento in cui la prestazione dovuta diviene efficace e si consolida nel patrimonio del creditore, ed il codice fa riferimento al più aligdo ed astratto concetto di esattezza/inesattezza dell'adempimento (dal quale comunque sulla base del criterio di correttezza e di ragionevolezza funzionale dell'adempimento, si può giungere agli stessi risultati dell'ordinamento tedesco); l'art. 1190 c.c. nel regolare il pagamento al creditore richiede per la liberazione del debitore non solo l'esecuzione della prestazione dovuta ma anche il raggiungimento del risultato che "*ciò che fu pagato è stato rivolto a vantaggio dell'incapace*" richiedendo in questo caso in modo rafforzato che il debitore dia la prova che la prestazione eseguita sia divenuta efficace e si sia consolidata nel patrimonio del creditore.

Complessivamente, dunque, la dottrina tedesca prende atto del fatto che anche il legislatore del BGB nel disciplinare l'adempimento dei debiti pecuniari ha fatto riferimento soltanto alla ipotesi di consegna di pezzi monetari ma non ha fornito alcuna generale regola e certamente non poteva essere altrimenti, considerato che il BGB è stato elaborato negli ultimi anni dell'800 ed è entrato in vigore nel 1900. Si è pertanto consolidato il convincimento che le modalità di pagamento debbono essere dedotte sia dagli accordi delle parti, sia dall'interpretazione del contratto che dalle pratiche negoziali, vale a dire *Verkehrssitte*, con la conseguenza che ad es. nelle contrattazioni degli acquisti giornalieri (alimenti, beni di piccolo consumo, ecc.) i privati concordano sul utilizzo della moneta contante, mentre al contrario gli stessi privati concordano sulla necessità di utilizzare *Buchgeld* (vale a dire moneta scritturale mediante bonifico delle somme sul

conto), se l'adempimento riguarda somme di danaro di rilevante importo oppure il luogo del pagamento risulta per il debitore distante²³.

L'opinione che quindi si è ampiamente affermata nella dottrina anche manualistica più diffusa è che, indipendentemente dal fatto che le parti abbiano concordato la forma del pagamento, il carattere assolutamente abituale, consueto e diffuso del pagamento attraverso strumenti diversi dal danaro porta a ritenere del tutto equivalente il pagamento attraverso bonifico della moneta scritturale rispetto al pagamento in moneta contante, con la conseguenza di considerare comunemente accettato il pagamento attraverso movimentazione di moneta scritturale e quindi consentito tale forma di pagamento in via di normalità al debitore, a meno che non risulti espressamente che le parti abbiano scelto il pagamento in moneta in contanti come unica modalità di adempimento²⁴.

Questa interpretazione trova a sua volta una ulteriore conferma nei rapporti obbligatori tra commercianti, in considerazione della vincolatività delle consuetudini negoziali (che comunque non costituiscono usi normativi) praticate tra loro, nell'ambito delle quali la dottrina ritiene di rinvenire anche la consuetudine comportamentale, secondo cui nella comunità dei commercianti, il pagamento del debito pecuniario avviene attraverso strumenti alternativi di pagamento²⁵.

9. Le considerazioni svolte, che come abbiamo visto 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

²³ GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, 1983, Tübingen § 11, 3.

²⁴ Così MEDICUS *Bürgerliches Recht*, 19 Auflage 2002, München, Rdnr. 757, *Gernhuber*, (nt. 23), § 11, 2 Seite 195.

²⁵ Il riferimento è ai cosiddetti Handelsbräuche che nei rapporti tra imprenditori, come rileva la dottrina tedesca, non sono norme giuridiche di diritto consuetudinario ma in mancanza di espressa deroga risultano vincolanti nei traffici tra imprenditori; cfr. KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1982.

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.

Come abbiamo visto, 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. In ogni caso, la mancanza di specifici accordi in ordine alle modalità di adempimento, non comporta meccanicamente la necessità di estinguere l'obbligazione pecuniaria con moneta contante, in quanto l'illegittimità della utilizzazione di mezzi alternativi di pagamento è possibile invocarla solo nei casi in cui risulti, secondo le circostanze, adeguato alle esigenze della migliore efficienza della prestazione il pagamento in danaro contante, esigenze che, allo stato (ma si tratta di una realtà in veloce evoluzione) sono di fatto riscontrabili solo per pagamenti di modesto importo e per beni di stretto e rapido consumo degli stretti bisogni quotidiani.

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, con tutti i vantaggi ed i limiti che abbiamo già accennato.

Ma anche in relazione ai limiti ed alle difficoltà riscontrate per il trasferimento di somme di danaro attraverso l'accredito sul conto del creditore, nella peraltro ampia prassi che contraddistingue l'esperienza italiana, 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*. A ben vedere l'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).

Né sembra 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 sistema²⁶.

Alla luce delle diverse esigenze che un moderno sistema di pagamento deve realizzare non sembra che possa costituire un ostacolo all'utilizzazione dei mezzi alternativi di pagamento, il fatto che il luogo verso il quale il debitore deve indirizzare l'atto di pagamento non sia il domicilio personale del creditore ma quello del soggetto che tecnicamente è idoneo a ricevere il pagamento per il creditore. E questo perché il concetto di domicilio del creditore, piuttosto che coincidere con il suo domicilio anagrafico soggettivamente riconducibile alla persona fisica, deve essere oggettivizzato ed identificato con i diversi luoghi espressamente o implicitamente deputati a seconda della natura della prestazione o delle diverse circostanze all'esecuzione della prestazione di pagamento, come del resto è stabilito dall'art. 1282 c.c., che subordina la determinazione del luogo della

²⁶ Cfr. sul tema l'accurato lavoro di POGGI, *L'assegno circolare come mezzo di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 105.

prestazione alle indicazioni derivanti dagli usi oppure alla natura della prestazione ed alle circostanze.

Allo stesso modo può essere giustificato che, per effetto della utilizzazione di un mezzo alternativo di pagamento, il momento in cui il creditore acquisisce effettivamente la disponibilità della somma a lui dovuta non coincida con quello in cui è effettuata l'operazione di pagamento. L'intervento nell'operazione di un terzo comporta come è noto solitamente la variazione delle date di disponibilità secondo esigenze (non importa in questo caso valutare quanto giustificate), del terzo banca. 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, non ritengo che si possa dedurre dal semplice fatto che le parti non abbiano stabilito nulla al riguardo, l'illegittimità del pagamento mediante assegno circolare adducendo che la data in cui la banca riconoscerà la disponibilità della somma di danaro versata sul conto oppure della data in cui la banca consegnerà la moneta contante al creditore, è successiva a quella della scadenza dell'obbligazione pecuniaria, in quanto una volta che si ammette la estinguibilità del debito pecuniario con assegno circolare l'attribuzione della somma di danaro avverrà necessariamente con le modalità proprie dell'assegno circolare che le parti potevano regolare diversamente con specifici accordi, ad esempio pattuendo la data della valuta o della disponibilità della somma o dello stesso assegno (si pensi ai casi della consegna dell'assegno in un'ora tarda della giornata che non consente il versamento immediato in banca per chiusura degli sportelli).

Del resto, al pagamento per contanti va incontro a forse ancora maggiori diseconomie, considerato il costo e laboriosità delle operazioni di ricerca, detenzione, trasporto e consegna della liquidità al domicilio del creditore, il quale a sua volta solo astrattamente ed in modo superficiale potrà trarre vantaggio dalla liquidità presa in consegna considerato che per le successive utilizzazioni dovrà esso stesso tramutarla in moneta scritturale, la sola forma pecuniaria idonea alla effettiva ed efficiente, ulteriore circolazione.

Considerato, inoltre, che il luogo della detenzione e dalla disposizione della liquidità monetaria non può essere più considerato il domicilio anagrafico del debitore bensì quello dell'intermediario in grado di custodire nelle forme di

annotazione scritturale la liquidità posseduta, come pure di movimentarla con efficienza e sostanzialmente senza rischi in ogni forma di circolazione, è quest'ultimo che legittimamente può essere considerato l'effettivo domicilio del creditore pecuniario.

Sono più che maturi i tempi per emancipare l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria dalle obsolete ed anguste modalità della dazione materiale delle banconote emesse e delle monete coniate dallo Stato. La dazione dei pezzi monetari è ben 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.

In conclusione, l'obbligazione pecuniaria ha raggiunto nella società contemporanea una complessità ben maggiore rispetto alla realtà dei rapporti economici dei tempi in cui l'elemento centrale del fenomeno monetario era rappresentato dal corso forzoso di banconote e monete prive di valore intrinseco.

La finalità cui tende l'adempimento pecuniario è l'attribuzione al creditore delle unità monetarie, attribuzione che si compie allorché il creditore stesso può liberamente disporre delle stesse 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.

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 rendere tale attribuzione di unità ideali monetaria efficace per il creditore.

Si tratta in realtà anche in questo caso di applicare in modo moderno e funzionale la regola della diligenza richiesta in relazione alla natura e dimensione della obbligazione (art. 1176 c.c., secondo comma).

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.

Prof. Avv. Bruno Inzitari
Ordinario di Istituzioni di Diritto Privato
nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca