

“Excurcus in tema di assegno postdatato con funzione di garanzia di pagamento: disciplina generale e sanzioni”

Secondo il nostro ordinamento l'assegno è (*rectius*: dovrebbe essere) una forma di pagamento immediato tale da poter essere riconosciuto come un sostituto del pagamento in contanti.

Il R.D. 1736/33 (comunemente identificato come c.d. “Legge – assegni”) al proprio articolo 31, che inaugura il capo IV contenente disposizioni in tema di “*Della presentazione e del pagamento*”, conferma in pieno quanto appena esposto normando in tal senso: “*L'assegno bancario è pagabile a vista. Ogni contraria disposizione si ha per non scritta. L'assegno bancario presentato al pagamento prima del giorno indicato come data di emissione è pagabile nel giorno di presentazione*”¹.

Questa statuizione legislativa, ad oggi mai modificata e pienamente in vigore, esclude oltre ogni dubbio l'utilizzabilità del titolo di credito come garanzia futura di pagamento.

In realtà però, come spesso accade nella pratica commerciale quotidiana, che diverge dalla visione ideale del legislatore, lo strumento viene sempre più utilizzato proprio per uno scopo di garanzia futura piuttosto che di pagamento immediato².

Questo risultato s'ottiene tramite un semplice quanto ovvio accorgimento: la postdatazione del titolo rispetto alla dazione concreta del medesimo.

¹ Secondo il quotidiano “*Il sole 24 ore*” gli assegni in circolazione in Italia nell'anno 2010 movimentavano circa il 40% del Pil nazionale (articolo del 24.06.2010)

² Interessante l'analisi proposta nell'intervento di Onofrio Musco, “*L'assegno postdatato: validità e regolarizzazione fiscale*”, rivista giuridica “*Altalex*”, 31.01.2008 il quale, altresì, all'interno dell'intervento fa un'affermazione quanto mai calzante: “(omissis...) *gli atti estintivi di debiti effettuati con assegni postdatati non costituiscono modi anormali di pagamento*”.

La legge accerta che l'assegno deve contenere, fra altri elementi³, la datazione dell'emissione con contestuale consegna da parte dell'emittente al beneficiario il quale, entro un determinato periodo temporale⁴, avrà l'onere di portarlo all'incasso.

Nella realtà pratica, però, nulla consente di accertare quando effettivamente sia avvenuta la *traditio* del titolo al beneficiario, potendosi così, di conseguenza, indicare come data originaria di emissione un giorno anche di molto successivo a quello concreto, fungendo, quindi, da garanzia futura.

Fatte queste doverose premesse, alla luce dell'ampio utilizzo dello strumento, come rilevato dagli organi di informazione del settore⁵, resta da porsi un concreto dubbio: quali possono essere le controindicazioni a tale prassi sorta e diffusa in ambito commerciale ma vietata dalla legge?

PERICOLI E SANZIONI RICOLLEGATE ALLA POSTDATAZIONE DEL TITOLO DI CREDITO

L'assegno postdatato, utilizzato precipuamente a fini di garanzia è, così come un normale assegno, un titolo di credito recante, però, una datazione posticipata rispetto all'effettiva emissione dello stesso.

La decisione di consegnare ad un soggetto (es. fornitore) un assegno con tale "caratteristica" non può né deve essere effettuata senza rendersi perfettamente conto delle potenziali conseguenze dannose che potrebbero sorgere da tale scelta.

³ Le patologie principali si evidenziano, oltre che nella post datazione, nella mancanza assoluta della data, mancanza di indicazione del luogo di emissione, della mancanza del nome del prestatore, la mancanza di copertura non vizia l'assegno che resta valido.

⁴ Entro 8/15 giorni dalla data indicata a seconda che sia stato emesso dentro o fuori piazza.

⁵ Emanuele Scarci, articolo "*Tetto pericoloso per gli assegni postdatati*", "Il sole 24 ore", 28 giugno 2010.

Occorre, dapprima, valutare quanto derivante dal mancato rispetto da parte del beneficiario del titolo postdatato del termine concordato fra le parti per l'incasso.

Si precisa che la datazione postergata del titolo, in di per sé, non comporta assolutamente limitazioni o nullità all'incasso dello stesso poiché, come espresso nell'art. 31 R.D. 1736/1933, l'assegno è sempre “*pagabile a vista*”.

Il titolo, quindi, sorge nel momento stesso della sua emissione e nessun accordo fra le parti può derogare questo principio.

In tal senso, coerentemente con il dettato normativo, la giurisprudenza di merito si è espressa in modo uniforme come, *ex multis* Cass., sez. II, 31-01-2006, n. 2160. “*Ai sensi dell'art. 31 r.d. 21 dicembre 1933 n. 1736, la post-datazione non induce di per sé la nullità dell'assegno bancario, ma comporta soltanto la nullità del relativo patto per contrarietà a norme imperative poste a tutela della buona fede e della regolare circolazione dei titoli di credito, consentendo al creditore di esigere immediatamente il suo pagamento; conseguentemente, l'assegno bancario postdatato, non diversamente da quello regolarmente datato, deve considerarsi venuto ad esistenza come titolo di credito e mezzo di pagamento al momento stesso della sua emissione, che si identifica con il distacco dalla sfera giuridica del traente ed il passaggio nella disponibilità del prenditore”.*⁶

Il fondamento della *ratio* alla base di questa decisione del legislatore si motiva con la necessità di impedire l'utilizzo improprio del titolo: se fosse concessa la possibilità di post datazione infatti, oltre a far perdere qualsiasi valore al R.D. 1736/33, l'assegno sarebbe parificato in tutto e per tutto ad una cambiale (che, per sua natura, prevede

⁶ in senso conforme Cass., sez. II, 25-05-2001, n. 7135, Trib. di Ferrara sent. 1294 del 18.08.2011

un pagamento futuro) ed, addirittura, sarebbe economicamente conveniente poiché esente dall'imposta di bollo prevista per quest'ultima.

La non ammissibilità di questo strumento, quindi, trova giustificazioni soprattutto a fini fiscali.

La presentazione all'incasso del titolo, quindi, può avvenire in modo corretto in qualsiasi momento ed esso deve essere liquidato al presentatore senza che l'istituto di credito possa avanzare particolari contestazioni o rifiuti.

L'accordo stipulato fra le parti coinvolte nella dazione dell'assegno, che avevano convenuto un c.d. "*pactum de non petendo*" per evitare l'incasso prima della data indicata, non ha alcun valore poiché diretto a frodare le disposizioni normative e, di conseguenza, non potrà ricevere alcuna tutela in tribunale, con ovvio danno per l'emittente il quale non solo si vedrà depauperato anche immediatamente della somma che invece voleva saldare successivamente.

L'incasso della somma, peraltro, però, non vuole certo significare che le possibili conseguenze spiacevoli per l'emittente finiscano necessariamente qui.

Se a partire dal D.L. 507/99 la fattispecie dell'emissione di assegno post datato è stata depenalizzata, comunque, ad oggi, essa viene ancora prevista come illecito fiscale.

La specifica sanzione per la post – datazione prevede che si inoltri la notizia all'Agenzia delle Entrate territorialmente competente, la quale richiederà di pagare l'imposta evasa (12x1.000 sull'importo) nonché le specifiche sanzioni pecuniarie previste⁷.

⁷ art. 25 c.1 DPR 642/72: Omesso od insufficiente pagamento dell'imposta ed omessa o infedele dichiarazione di conguaglio) "1. Chi non corrisponde, in tutto o in parte, l'imposta di bollo dovuta sin dall'origine è soggetto, oltre al pagamento del tributo, ad una sanzione amministrativa dal cento al cinquecento per cento dell'imposta o della maggiore imposta. 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 32,

Gli importi previsti sono regolati sulla falsa riga della cambiale: l'assegno post datato, infatti, per le parti aveva assunto funzione di garanzia cambiaria e, di conseguenza, va soggetta agli oneri fiscali in capo alla stessa.

Vi è la previsione di un'ulteriore sanzione a cui va soggetto l'assegno post datato e che si differenzia a seconda dell'importo del titolo stesso.

Infatti, se il valore indicato nello stesso è inferiore ad euro 10.329,56, si applica una sanzione pecuniaria variabile fra euro 516,00 ed euro 3.098,00, invece da euro 1.032,00 ad euro 6.197,00, se di importo superiore⁸.

Oltre a quanto appena esposto, sussiste naturalmente un secondo profilo di pericolo derivante da un tentativo di incasso anticipato: la mancanza di provvista nel conto dell'emittente (al momento dell'incasso)⁹.

L'emittente, convinto che il titolo sarebbe andato all'incasso in un determinato periodo temporale, potrebbe non godere della necessaria provvista per onorare il debito, anticipato rispetto alle aspettative, così da incorrere in una sanzione amministrativa per emissione di assegni senza provvista, così come debitamente sanzionato dall'art. 2 L. 386/1990.

secondo comma, della legge 24 maggio 1977, n. 227, le violazioni relative alle cambiali sono punite con la sanzione amministrativa da due a dieci volte l'imposta, con un minimo di lire duecentomila. 3. L'omessa o infedele dichiarazione di conguaglio prevista dal quinto e dall'ultimo comma dell'articolo 15 è punita con la sanzione amministrativa dal cento al duecento per cento dell'imposta dovuta".

⁸ D.Lgs 507/1999

⁹ Emanuele Scarci, articolo "Tetto pericoloso per gli assegni postdatati", "Il sole 24 ore", 28 giugno 2010: si parla, per il solo anno 2010, di circa 103.000 assegni senza provvista

Si osservi peraltro che anche il beneficiario, che ha portato il titolo subito all'incasso ma senza ottenere alcunché, se vuole agire contro l'emittente, va incontro a una sanzione di natura pecuniaria.

Al fine di procedere al protesto dell'assegno post datato, infatti, l'art. 121 della Legge sull'assegno bancario¹⁰ impone la regolarizzazione fiscale a carico del presentatore del titolo che all'origine nasceva come "fraudolento"¹¹.

Si precisa che detta regolarizzazione però non rende il titolo pari ad una cambiale ma consente che il pubblico ufficiale incaricato del protesto lo elevi contro il debitore (quindi l'emittente).

Ogni spesa anticipata dal beneficiario verrà successivamente imputata in capo al debitore a seguito di azione esecutiva.

Per l'emittente, oltre al rischio di un'azione legale, l'assegno carente di provvista potrebbe portare a sanzioni che possono essere deleterie per un professionista.

Le sanzioni, che verranno ora riassunte molto schematicamente, demandando a futuri interventi maggiori e più approfonditi dettagli, vanno analizzate sotto un triplice profilo.

Profilo economico

L'assegno, non coperto da provvista, viene protestato con possibilità per il beneficiario di agire giudizialmente senza neppure bisogno di ottenere un titolo giuridico (lo è già in di per sé il protesto che accerta, per il tramite di un pubblico ufficiale, il mancato rispetto della promessa di pagamento!) potendosi quindi notificare immediatamente atto di precetto ed intimando il saldo della somma

¹⁰ Cioè il citato RD 1736/33

¹¹ Il beneficiario pagherà l'imposta prevista dal DPR 642/72

capitale, degli interessi, delle spese affrontate per il protesto, oltre ad una penale pari al 10% del capitale (ex art. 3 L. 386/90).

Inutile aggiungere che, in ogni caso, l'assegno protestato andrà incontro ad una sanzione pecuniaria, come sopra meglio quantificata.

Profilo commerciale e sociale

Le sanzioni non vertono esclusivamente in un ambito prettamente economico ma, stante il desiderio del mercato di sanzionare ogni condotta che violi la buona fede dello stesso, vi è un *vulnus* sociale per l'emittente che non abbia rispettato la "parola" data.

Va ricordato che, in caso di assegno scoperto (anche nel caso della postdatazione), la banca scrive al cliente inviandogli un c.d. «preavviso di revoca»¹² e avvertendolo che se non paga entro 60 giorni verrà iscritto al "CAI" cioè alla Centrale d'allarme interbancaria presso la Banca d'Italia.

La "CAI" esclude dal sistema dei pagamenti i soggetti e i titoli a rischio registrando i nominativi di tutti coloro che hanno emesso assegni senza autorizzazione o senza copertura in modo che nessuna banca, finanziaria, ufficio postale, possa pagare assegni da essi emessi, né rilasciargli nuovi libretti¹³.

¹² Art. 9 bis L. 386/1990

¹³ Per un'analisi storica molto accurata sulla nascita della CAI vedersi Giuseppe Santoni, "La centrale d'allarme interbancaria a un decennio dalla sua introduzione", in "Banca Borsa titoli di credito", Vol. LXIV, settembre - ottobre 2011, pagg. 553 - 571.

Il nominativo del soggetto inadempiente, altresì, verrà infatti segnalato presso il registro informatico dei protesti, pubblico e consultabile presso tutte le sedi della C.C.I.A.A. in ambito nazionale¹⁴.

La segnalazione può esser cancellata solamente in casi particolari delineati dalla legge¹⁵ (e con scrutinio molto severo).

In merito alla segnalazione presso la CCIAA, si segue una procedura diversa ed autonoma rispetto a quella in tribunale e, di principio, la segnalazione permane nel sistema per cinque anni.

Appare ovvio notare le problematiche connesse ad una segnalazione per qualsiasi soggetto operante nel mercato e bisognoso di credito/credibilità.

Profilo amministrativo

Sussiste anche una sanzione accessoria di grande efficacia, in particolar modo in capo a soggetti che svolgono l'attività imprenditoriale: sorge infatti l'interdizione dall'emissione di assegni, per ordine della prefettura locale, se la somma del titolo post datato supera i 2.582,28 euro e se chi lo ha emesso non lo onora entro 60 giorni dalla presentazione (dimostrabile con pagamento di interessi e quietanza rilasciata dal beneficiario).

¹⁴ Le Camere di Commercio provvedono alla pubblicazione dei protesti mediante il Registro Informatico istituito con Legge 15.11.1995, n. 480, secondo le norme contenute nel Regolamento di cui al Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 9.8.2000, n. 316. Il Registro contiene i protesti non cancellati, per 5 anni dalla data della loro pubblicazione (art. 11, Decreto M.A.P. 9.8.2000, n. 316), ed è accessibile al pubblico.

¹⁵ Istanza di riabilitazione per protesto di assegni ai sensi dell'art. 17 l. 17.03.1996 n. 108 (modificata dall'art. 3 l.235/00)

Il prefetto infatti, ricevuto il rapporto sul protesto, dopo che siano trascorsi inutilmente i 60 giorni utili per onorare l'assegno, deve notificare una contestazione della violazione all'interessato entro 90 giorni, a pena di prescrizione¹⁶.

Entro 30 giorni dalla notifica della violazione, l'interessato può presentare scritti difensivi e documenti, valutati i quali il prefetto determina con ordinanza motivata la somma dovuta per la violazione, oppure emette ordinanza di archiviazione degli atti.

Quindi il prefetto potrebbe anche accogliere le ragioni di chi ha emesso l'assegno.

Si precisa che questa non è l'unica sanzione accessoria che il Prefetto possa irrogare, basti ricordare ad es. il divieto di trattative con la P.A. o di esser assumere cariche sociali¹⁷, ma è sicuramente quella che colpisce maggiormente il privato che agisca nel mercato.

Competente per l'erogazione di queste sanzioni è il rappresentante dello Stato per il territorio locale di emissione del titolo¹⁸, cioè il Prefetto, per il tramite dell'Ufficio Protesti.

Le sanzioni vengono quantificate in un determinato numero di mensilità di sospensione, a seconda della gravità della condotta e dell'importo dell'assegno / i.

Si precisa, per completezza, che l'emissione post datata può essere sanzionata anche se effettuata in buona fede, come nel caso degli assegni inviati via posta in cui l'emittente, non sapendo esattamente quando il titolo giungerà al ricevente, scriva

¹⁶ Art. 14 l. 689/1981

¹⁷ Art. 5 e 5 *bis* l. 386/1990. Si prevede un'interdizione sino ad un massimo di 5 anni

¹⁸ Art. 4 l. 386/1990

una data che si riveli successiva all'effettivo arrivo e successivo incasso del titolo stesso.

L'art. 121 Legge Assegni (cioè R.D. 1736/33) parla chiaro: *“Qualora nell'assegno venga indicata una data di emissione posteriore a quella dell'effettiva emissione dell'assegno non giustificata dal periodo di tempo necessario per far pervenire il titolo al destinatario o da altra materiale impossibilità di presentazione e sempreché la data non differisca di oltre quattro giorni da quella dell'emissione, si rende applicabile la tassa graduale delle cambiali, salvo le sanzioni di cui all'art. 66, n. 5 della legge del bollo 30 dicembre 1923, n. 3268”*.

Giunti alla conclusione della breve panoramica in tema di assegno post datato, occorre ribadire come la giurisprudenza non riconosca alcun pregio né tutela ad eventuali accordi o patti fra emittente e ricevente volti ad impedire l'incasso dell'assegno prima della data scritta sul titolo (c.d. *pactum de non petendo*).

A seguito della nullità del patto “di garanzia” sotteso all'emissione dell'assegno bancario, infatti, lo stesso andrà considerato nella sua funzione tipica di pagamento e, in caso di mancanza di provvista, ne andrà confermata come pienamente legittima la levata del protesto a cagione della responsabilità per avere utilizzato impropriamente uno strumento finalizzato al pagamento, in pieno contrasto con i principi legislativi sottesi¹⁹.

¹⁹ Vedasi altresì Collura, *Aspetti civilistici della nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari e postali* in Nuova Giur. Commentata 2003 p. 482 – Martorano, *Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari*, Napoli 1979 p. 494 – Spatazza, *L'assegno* in Tratt. dir. Commerciale di Cottino, Cedam ed. VI 2006 p. 550

Si ribadisce che una fattispecie totalmente diversa è l'emissione di un assegno senza data: in tal caso il titolo risulterebbe mancante d'un requisito essenziale e, quindi, nullo ²⁰.

Nel caso, quindi, l'imprenditore decida di dare in garanzia un assegno con data post datata al proprio fornitore con l'assicurazione che esso non andrà all'incasso prima della data prevista, si esporrebbe ad un duplice pericolo:

- dapprima il rischio della sanzione per la falsificazione della data nel titolo con, peraltro, conseguente pericolo di mancata provvista nel conto corrente della società / legale rappresentante emittente l'assegno se portato all'incasso senza preavviso;
- un possibile protesto per mancanza di provvista con successiva segnalazione alla C.C.I.A.A., alla CAI ed alla Prefettura in caso di mancata regolarizzazione, con conseguenti sanzioni.

Non potrà, inoltre, in alcun modo far valere il *pactum* intercorso fra lui ed il suo fornitore, non avendo l'assegno alcun valore giuridico, *ut supra* accennato.

Per completezza occorre osservare una vistosa discrepanza fra la posizione assunta

²⁰ Così, infatti, si esprime anche la giurisprudenza : Cass., sez. I, 30-05-1996, n. 5039 “A differenza dell'assegno postdatato, che è soltanto un titolo irregolare ed è pagabile a vista, l'assegno senza data è un titolo radicalmente nullo e può valere solo come promessa di pagamento potendo presumersi iuris tantum l'esistenza del rapporto sottostante; pertanto la consegna al creditore di un assegno senza data di emissione in luogo della somma di denaro dovuta integra una violazione degli art. 1197 e 1182 c.c. e non costituisce un valido mezzo di pagamento”.

dalla giurisprudenza in ambito civile, la quale rifiuta qualsiasi valore al “*pactum*” testé citato, rispetto a quella penale.

Quest’ultima, infatti, in difformità alla giurisprudenza civile, prevede per colui che pone all’incasso un assegno post datato nonostante un patto, una condanna per appropriazione indebita ai sensi dell’art. 646 c.p., valorizzando maggiormente la violazione del rapporto giuridico sorto in virtù dell’autonomia negoziale concessa dal legislatore alle parti private nelle loro trattative.

“Integra il delitto di cui all’art. 646 c.p. la condotta del prenditore che ponga all’incasso un assegno bancario, appropriandosi della somma riscossa, in violazione del patto di garanzia concluso con l’emittente (nell’occasione la corte ha precisato, così disattendendo l’eccezione di nullità del patto di garanzia, che il normale regime di circolazione dell’assegno bancario, cui inerisce la regola del pagamento a vista e dell’invalidità di ogni contraria disposizione riportata per iscritto sul titolo stesso, non esclude che le parti di un rapporto giuridico, nella loro autonomia negoziale, possano utilizzare l’assegno bancario, anziché nella sua funzione tipica di titolo di credito, come strumento di garanzia per le obbligazioni pattuite)”. (Cass. Pen., sez. II, 29-02-2000).

Resta, naturalmente, doveroso l’onere probatorio dell’agente al fine di palesare l’esistenza del patto per non incorrere, *a contrariis*, nel reato di calunnia; la circostanza, come si comprende, non è affatto di facile dimostrazione nel caso di accordo solamente orale.

In tal senso si rammenti, *ex multis*, “È configurabile il delitto di calunnia nella condotta di chi incolpi taluno di avere indebitamente posto all’incasso un assegno o una cambiale in spregio del patto di non farne tale uso, qualora l’accusa non risulti corrispondente alla realtà, in quanto la violazione dell’accordo di non negoziare il titolo di credito consegnato a fini di garanzia dà luogo a un’interversione del possesso della cosa che determina l’appropriazione indebita della stessa e del danaro in cui essa si converte”. (Cass. Pen. , sez. VI, 10-10-2006).

(a cura di Bruno Ravagnan)