

NOTE A MARGINE DI CORTE COST. 5 APRILE 2012 N. 78 IN TEMA DI ANATOCISMO BANCARIO E INTERPRETAZIONE AUTENTICA.

*Federica Forcellini**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'obbligazione degli interessi accessoria all'obbligazione pecuniaria: quale funzione? – 3. Della mora e dintorni – 4. Il divieto di anatocismo come deroga al principio di «non oziosità» del denaro: critiche – 5. La tormentata vicenda dell'anatocismo bancario: dal *revirement* del '99 alla declaratoria di illegittimità di Corte cost. 425/2000 – 6. L'ultimo episodio della saga: il test di ragionevolezza di Corte cost. 5 aprile 2012 n. 78 e i limiti dell'interpretazione autentica – 7. Conclusioni: l'anatocismo bancario oggi, un'anomalia del sistema?

1.- La sentenza in commento è l'ultima di una lunga serie di interventi giurisprudenziali e arresti normativi che si sono alternati negli anni, tutti dedicati all'apparentemente atomistico tema dell'anatocismo.

Cosa ci sia dietro ad una simile fertilità è presto detto: sul terreno dell'anatocismo bancario legislatore e interprete si sono dati battaglia, ognuno teso a riaffermare se stesso occupando spazi ancora incolti o presunti tali.

Ciò che emerge da una prima lettura della vicenda, complessivamente intesa, è che se, in effetti, dal punto di vista sistematico l'anatocismo bancario non governa certo le sorti del sistema giuridico, da un punto di vista più generale rappresenta l'argomento ideale su cui scontrarsi per ristabilire un'equa spartizione di pesi e misure in un sistema che si autoproclama democratico ma in cui l'autoreferenzialità dei Poteri istituzionalmente riconosciuti sembra un male capace di disarticolare ogni meccanismo di governo «dal basso».

Il fascino delle *lobbies* bancarie cui il legislatore degli ultimi anni sembra aver ceduto lo testimonia perfettamente. In un sistema in cui alla problematica dell'anatocismo bancario era stata già data ampia ed esaustiva risposta da parte della giurisprudenza – senza peraltro generare nessuna escrescenza né operare alcuna forzatura ermeneutica – il legislatore si è sentito in dovere di intervenire per reintrodurre dalla porta ciò che prima era uscito dalla fine-

* Dottoranda di ricerca in Diritto privato per l'Europa presso l'Università degli Studi Roma Tre.

stra, attraverso l'esplicita esclusione giurisprudenziale della ricorrenza di usi normativi utili a tal fine.

La tematica è vasta e merita una trattazione ordinata che tenga adeguatamente conto delle categorie generali ad essa sottesa, dalla cui analisi proprio non si può né si vuole prescindere nel dichiarato intento di prendere posizione sul tema.

Nelle pagine che seguono si tenterà quindi di ricostruire l'istituto degli interessi, con particolare riferimento agli interessi moratori, contestualizzandolo all'interno della specialissima categoria delle obbligazioni pecuniarie, a sua volta inquadrata in una prospettiva storico-sistemica, per poi fornire uno sguardo d'insieme sulla vicenda dell'anatocismo bancario e tratteggiare un quadro conclusivo sul tema dell'interpretazione autentica che sia capace di tenere conto di tutte le variabili inserite nella trama del discorso.

2.- La categoria giuridica degli interessi appartiene a quelle prive di una definizione normativa¹, secondo un *trend* peraltro ricorrente in tutta l'opera del legislatore del 1942, strumentale alla conservazione di una dialettica equilibrata tra la certezza del diritto, da un lato, e l'apertura cognitiva del sistema, dall'altro lato².

Tale deficienza in termini di apparato definitivo, ha indotto taluno ad abbandonare l'approccio teorico tradizionale, facente perno attorno alla figura degli interessi in quanto tali, per privilegiare un'indagine tutta orientata

¹ Cfr. M. Libertini, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 95. F. Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1966, 291, rinunciando ad un'analisi di tipo funzionale, così definisce gli interessi: «quelle prestazioni accessorie, omogenee rispetto alla prestazione principale, che si aggiungono ad essa per effetto del decorso del tempo e che sono commisurate ad una aliquota della stessa».

² D. Antelmi, *Vaghezza, definizioni e ideologia nel linguaggio giuridico*, in *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, a cura di Garzone-Sandulli, Milano, 2008, 89 s., mette bene in evidenza come la vaghezza e, prima tra tutti, quella che investe il linguaggio giuridico è stata a più riprese ritenuta un fenomeno da emarginare, in deciso contrasto con l'esigenza di dare certezza al diritto. Allo stesso modo, la scienza giuridica ne ha da sempre compreso la duplice natura quale strumento utile a garantire la ricchezza e la plasticità semiotica delle lingue e, dunque, l'espressività e la creatività del linguaggio. Così, si è assistito nel tempo ad un diverso atteggiarsi nei confronti della vaghezza linguistica che, ha segnato la fortuna alterna della definizione – stipulativa, lessicale o ridefinizione – strumento utile a restringerne la portata evasiva.

a favore della categoria dell'obbligazione degli interessi o, meglio, *das Recht der Zinsschuld*³.

Caratteri di tale obbligazione sarebbero: la fungibilità dell'oggetto della prestazione principale, intesa come eguaglianza generica tra l'oggetto mediato dell'obbligazione principale e quello dell'obbligazione di interessi; l'omogeneità di genere tra gli interessi e l'oggetto della prestazione principale; la proporzionalità rispetto all'obbligazione principale; la periodicità, attributo della causa⁴ e dell'adempimento⁵, che caratterizza l'obbligazione di interessi come obbligazione di durata; l'accessorietà, ritenuta dai più carattere essenziale⁶.

³ Traduce «disciplina del debito degli interessi» B. Inzitari, voce *Interessi*, in Dig. disc. priv. (Sez. civ.), IX, Torino, 1993, 567, il quale coglie, per il tramite di una suggestivo taglio comparativo, la preferenza accordata dai legislatori europei ad una definizione metaforica degli interessi, equiparati – nell'ordinamento francese, prima, e in quello italiano, poi – ai frutti. L'attuale art. 820, ult. co., c.c. riconduce, infatti, gli interessi alla categoria dei frutti civili ossia a quei frutti «che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia» distinguendoli dai frutti naturali definiti, al primo comma del medesimo articolo, come i prodotti materiali diretti della cosa madre.

⁴ Intesa «come funzionale dipendenza dal tempo», di modo tale che gli interessi «maturano temporalmente, in quanto sono dovuti in ragione del tempo in cui il debitore gode del capitale altrui o ne ritarda il pagamento». Così C. M. Bianca, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993, 175.

⁵ In forza della quale è dato presumere che il termine di pagamento degli interessi «coincida con la scadenza dei periodi in base ai quali gli stessi sono computati». Così Bianca, *Diritto civile*, cit., 175.

⁶ Cfr. V. Pandolfini, *La disciplina degli interessi pecuniari*, Padova, 2004, 6 s., il quale specifica che l'accessorietà, intesa nel senso più classico del termine, si riferisce solo al momento genetico dell'obbligazione principale, dovendosi intendere «nel senso che l'obbligazione degli interessi presuppone l'esistenza di un debito relativo alla somma capitale. Viceversa, una volta venuta ad esistenza, l'obbligazione degli interessi acquista un'autonomia tale da renderla oggetto di rapporti giuridici separati e da farla sopravvivere anche al debito principale», di modo tale che «non spiegano effetti sull'obbligazione di interessi eventuali vicende attinenti all'obbligazione principale, determinate da cause successive alla nascita della stessa». A titolo esemplificativo: la prescrizione del debito principale non comporta la prescrizione del credito da interessi, né gli atti interruttivi della prima si riflettono sulla seconda; l'obbligazione di interessi può formare oggetto di atti di disposizione separatamente dall'obbligazione principale.

Si tratta di un metodo di categorizzazione che, pur esaltando il «prototipo ideale» ossia il «miglior modello»⁷ dell'istituto giuridico degli interessi, in effetti, non riesce a risolvere le problematiche concettuali connesse alla figura in esame, stante in nuce l'impossibilità di ridurre *ad unum* la disciplina delle obbligazioni in generale e quella propria delle obbligazioni pecuniarie.

Come è noto, le obbligazioni pecuniarie rappresentano l'esempio più significativo delle obbligazioni di dare una cosa generica e sono, pertanto, tradizionalmente considerate inestinguibili, non tanto o non solo in virtù del principio *genus numquam perit*⁸, ma per la specialità del proprio oggetto.

In generale, i limiti della responsabilità del debitore, declinati dall'art. 1218 c.c., possono giustificarsi alla luce dei connotati tipici caratterizzanti il rapporto obbligatorio. Tra debito e credito, infatti, non esiste una vera e propria identità: mentre il diritto di credito si identifica con l'utilità promessa al creditore, il debito si sostanzia in una condotta doverosa ossia «nell'impegno di poiesi del debitore finalizzato a consentire l'acquisizione al creditore del bene o dell'utilità spettantegli»⁹.

Di modo tale che, in ipotesi di sopravvenuta impossibilità della prestazione, da valutarsi alla stregua dei mezzi dedotti dalle parti nell'accordo, l'obbligazione si estingue a meno che non sia rintracciabile una qualche compartecipazione del debitore nella produzione di siffatto stato prodromico alla paralisi patologica del rapporto obbligatorio.

Tuttavia, per le obbligazioni pecuniarie la questione è diversa poiché il pagamento non rileva «sub specie del trasferimento del denaro in quanto «cosa» ma della messa a disposizione (del creditore) di una «somma» in

⁷ Cfr. L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Torino, 1999, § 66, con il suo famoso esempio del gioco. «Come ho detto: non pensare ma osserva! – Osserva ad esempio i giochi da scacchiera, con le loro molteplici affinità. Ora passa ai giochi di carte: qui trovi molte corrispondenze con quelli della prima classe, ma molti tratti comuni sono scomparsi, altri ne sono subentrati. Se ora passiamo ai giochi di palla, qualcosa di comune è stato conservato ma molto è andato perduto. (...) E così possiamo passare in rassegna molti altri gruppi di giochi. Veder somiglianze emergere e sparire».

⁸ Così Crome, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. it. a cura di Ascoli-Cammeo, Milano, 1908, 119 s., il quale riconduce l'ipotesi di insolvenza del debitore nell'ambito della impossibilità sopravvenuta non imputabile per incapacità patrimoniale soggettiva.

⁹ Così F. Piraino, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 1019 s.

quanto rappresentativa di una *ideal unit*¹⁰. Ciò che induce a spogliare la condotta del debitore della sua tradizionale portata di poiesi, per connotarla come un corredo del momento centrale del rapporto obbligatorio pecuniario che va identificato nel conferimento di un valore, «sicché è corretto affermare che il danaro non costituisce l'oggetto della prestazione ma semplicemente il mezzo strumentale all'adempimento»¹¹. Conclusioni abbracciate anche di recente dalla Suprema Corte a Sezioni Unite¹² che ha espressamente riconosciuto come «nei debiti di valore il denaro non costituisce oggetto della obbligazione, come nelle obbligazioni pecuniarie, ma assume invece la esclusiva funzione di strumento di misura di un valore»¹³. Di conseguenza, nei debiti di valore (categoria cui tipicamente appartiene la obbligazione risarcitoria) «il denaro è preso in considerazione per il profilo che ad esso deriva dall'essere «Vermögensmacht»: proprio un siffatto potere è ciò che consente la riconduzione del debito ad un entità pecuniaria»¹⁴.

L'incompatibilità ontologica delle obbligazioni pecuniarie con i meccanismi estintivi propri di ogni altro rapporto obbligatorio, discende dall'essere la moneta un mero strumento rappresentativo di un valore¹⁵ il che, messo in

¹⁰ Così A. di Majo, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, 119-120, il quale analizza la struttura «naturale» dell'obbligazione pecuniaria per confutare la tesi della natura negoziale del pagamento «nel senso dell'esigenza di un peculiare *animus transferendi* da parte del *solvens*» in virtù del principio *solvere est alienare*.

¹¹ Così F. Piraino, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, cit., 1047.

¹² Cass. s.u. 18-12-2007 n. 26617, in *Corr. giur.*, 2008, 500 s., con nota di A. di Majo, *I pagamenti senza denaro contante nella cashless society*. Diversamente Cass. 17-6-1980 n. 3844, in *Arch. giur.*, 1980, 805 s. che, pur giungendo alla medesima conclusione, lo fa individuando come causa di estinzione dell'obbligazione la sola impossibilità della prestazione intesa «in senso assoluto ed obiettivo (...) il che, alla stregua del principio secondo cui *genus numquam perit*, può evidentemente verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto la consegna di una cosa determinata o di un genere limitato e non già quando si tratta di una somma di denaro». Cfr. anche App. Roma 22-11-2004, in *Guida dir.*, 2004, 46, 90.

¹³ Così Cass. 21-07-2009 n. 16963, in *CED Cassazione*.

¹⁴ Così T. dalla Massara, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, 31.

¹⁵ Cfr. F. K. v. Savigny, *Das Obligationenrecht*, I, Berlin, 1851, 440 s., il quale analizzando in senso critico e revisionista la teoria più risalente dell'obbligazione pecuniaria come semplice obbligazione di genere carica il danaro di un significato sino ad allora inesplorato sul piano giuridico, identificandolo con uno strumento astratto, che trae la propria legittimazione dal

relazione con la garanzia generica di cui all'art. 2740 c.c. e, in particolare, con il riferimento ivi contenuto ai beni futuri facenti parte del patrimonio del debitore, rende virtualmente impossibile ipotizzare il sopravvenire di un'impersibilità definitiva nel pagamento, ancor prima e a prescindere dalla imputabilità o meno dello stesso al debitore¹⁶.

Così, la spartizione dei rischi declinata dalla regola madre della responsabilità contrattuale applicata alle obbligazioni pecuniarie produce come esito ultimo ed inedito quello di rendere inimmaginabile una ipotesi di impossibilità definitiva della prestazione, con la conseguenza, secondo alcuni, di dover inquadrare la responsabilità del debitore pecuniario inadempiente nell'alveo della responsabilità oggettiva¹⁷ e, secondo altri, nel *genus* garanzia¹⁸.

Tralasciando, per il momento, ogni pretesa definitoria, occorre rilevare come la teoria della «specialità» dell'obbligazione pecuniaria abbia trovato, in dottrina, ampi e significativi consensi¹⁹, ben comprensibili alla luce del fatto,

consenso sociale, utile a convertire in semplici quantità tutti gli oggetti patrimoniali così attribuendo al suo possessore un *eine allgemeine Vermögensmacht*, ossia un generale potere patrimoniale su beni suscettibili di valutazione economica.

¹⁶ Contra M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del cod. civ.* (a cura di) A. Scialoja – G. Branca, Bologna-Roma, 1979, 106 a mente del quale l'insolvenza del debitore pecuniario integra un'ipotesi di inadempimento imputabile nella misura in cui trova la propria causa nella violazione della regola di diligenza, a sua volta traducibile nell'obbligo generalizzato di gestire correttamente i propri affari.

¹⁷ Cfr. A. di Majo, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., 125 s., il quale ritiene che «il problema reale (posto dall'inadempimento del debito di danaro) non è quello della possibilità e/o impossibilità (imputabile e/o inimputabile, che sia, a sua volta, quest'ultima) della prestazione dovuta, secondo lo schema comune delle obbligazioni di cose, ma quello, semmai, della «insufficienza» del patrimonio del debitore e cioè dei mezzi di pagamento a sua disposizione per far fronte ai debiti assunti. Il problema dunque è più a monte e riguarda la fonte dei «mezzi di pagamento». L'affermazione dunque della incondizionata responsabilità del debitore di danaro per il mancato (o ritardato) pagamento del debito si converte facilmente in quella della irrilevanza dal punto di vista giuridico della «impotenza finanziaria» del debitore».

¹⁸ Cfr. M. Giorgianni, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, 305, a mente del quale la tensione alla realizzazione della pretesa del creditore e l'irrilevanza del profilo soggettivo del debitore lasciano propendere per una concezione della posizione del debitore pecuniario che esula dai meccanismi propri della responsabilità e mostra una naturale capacità di adattamento alla struttura propria della garanzia. D'altronde, l'a. non solo prende atto della complessità propria del sistema della responsabilità contrattuale – che si fonda su una molteplicità di criteri di imputazione – ma ritiene che, a volte, le ragioni del rapporto obbligatorio vengano legislativamente preposte a quelle della coerenza sistematica, introducendo deroghe significative ai principi generali e così rendendo vana ogni ricerca di un fondamento unitario della responsabilità del debitore.

¹⁹ D'altronde, da tempo la dottrina ha riconosciuto il carattere non eccezionale della re-

non trascurabile, che il regime di responsabilità illimitata per inadempimento definitivo del debitore pecuniario non è soltanto un'opzione di politica del diritto ma nasce per c.d. spontaneamente anche dal dato strutturale secondo cui nelle obbligazioni di pagamento di somme di danaro la condotta del debitore è del tutto secondaria rispetto al risultato principale che consiste invece nell'attribuzione di un valore economico²⁰.

Tale concezione si è, di riflesso, trasposta anche sul piano degli interessi, equiparati dalla dottrina moderna alla contropartita dovuta per il vantaggio di liquidità monetaria, senza che rilevi distinguere in base alla natura, volontaria o meno, dello spostamento patrimoniale.

In altri termini: il vantaggio di liquidità, traducibile in interessi, si manifesta «in quanto riconosciuto, a) nel godimento diretto di una somma che, appunto, è stata trasferita a titolo oneroso e, cioè, contro il pagamento di un corrispettivo (interessi corrispettivi nel mutuo); b) nel vantaggio conseguente al ritardo nella restituzione o, comunque, nel pagamento di una somma di

sponsabilità oggettiva rispetto a quella generale costruita sulla colpa, tanto da rendere legittima l'ipotesi di una interpretazione estensiva delle norme ad essa dedicate in presenza di un'identica ratio. Cfr. S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, passim.

²⁰ Così *ex multis* A. di Majo, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., 125 s., il quale traccia un parallelo tra la responsabilità del debitore pecuniario e quella, storicamente più risalente, del mutuatario, declinata dall'art. 1818 c.c. che espressamente deroga alla spartizione dei rischi tracciata dall'art. 1218 c.c. stabilendo che nel caso in cui siano state mutate cose diverse dal danaro, e la restituzione è divenuta impossibile o notevolmente difficile per causa non imputabile al debitore, «questi è tenuto a pagarne il valore, avuto riguardo al tempo e al luogo in cui la restituzione si doveva eseguire»; M. Giorgianni, *L'inadempimento*, cit., 310, il quale arriva sino ad affermare che «il creditore ha diritto più che ad una «attività» del debitore, ad una porzione del suo patrimonio». Cfr. F. Piraino, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, cit., 1046, il quale, nel richiamare le determinazioni conformi raggiunte in proposito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. s.u. 18-12-2007 n. 26617, cit.) identifica l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nel conferimento di un valore di cui il denaro è un simbolo. Così, «salva l'ipotesi del ritardo nel pagamento, rispetto al quale è possibile configurare l'impossibilità e i concetti affini, quando è in ballo l'inadempimento definitivo non v'è altra via che mettere in discussione il titolo dell'obbligazione, invocandone l'invalidità, la rescissione o la risoluzione, oppure invocare il limite rappresentato dalla buona fede ex art. 1175 c.c. da cui scaturisce la figura dell'inesigibilità».

danaro dovuta, in base ad una obbligazione restitutoria oppure risarcitoria (contrattuale o extracontrattuale)»²¹.

In questa prospettiva, la tradizionale differenza funzionale tra interessi corrispettivi²² e interessi moratori²³ sfuma²⁴, rilevando la mera disponibilità del capitale, comunque ottenuta. Né ne residua rimpianto alcuno, stante il fondamento storico della suddetta concettualizzazione – vigenti i due codici di commercio e civile e, dunque, valida la distinzione tra obbligazioni commerciali e civili – al cui superamento non ostano significative ragioni di ordine sistematico²⁵.

Considerazione, quest'ultima, che trova conferma, sia nella possibilità per le parti del rapporto obbligatorio di pattuire *ex art.* 1284 c.c. un saggio di interessi extralegale – da applicarsi, indifferentemente, tanto agli interessi corrispettivi quanto agli interessi moratori²⁶ – sia nella facoltà riconosciuta al creditore diligente, una volta costituito in mora il debitore, di chiedere oltre agli interessi anche il danno ulteriore²⁷.

²¹ Così B. Inzitari, *Interessi*, cit., 568. *Contra* O. T. Scozzafava, *Gli interessi monetari*, Napoli 1984, 67 s., il quale equipara gli interessi ai frutti civili e, di conseguenza, ricomprende sotto la categoria in parola solo quegli interessi che derivano da un contratto a effetti obbligatori «mediante il quale i privati attribuiscono a terzi il godimento del proprio denaro».

²² Tali sono gli interessi intesi come «compenso corrispettivo dell'uso di quella fecondità (del danaro) che, negli affari commerciali, si ritiene effettiva, con presunzione assoluta». Così L. Bolaffio, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, in *Codice di commercio commentato*, Torino, 1919, 225.

²³ Intesi come somma forfettaria spettante al creditore per il ritardato pagamento, aventi una funzione sostanzialmente risarcitoria e processualmente transattiva. *Cfr.* R. J. Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, in *Opere*², Livorno, 1841; T. Ascarelli, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928; G. C. Messa, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, Milano, 1932; E. Quadri, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1984, vol. IX.

²⁴ Resterebbe intatta la sola categoria, specialissima, degli interessi compensativi, previsti in ipotesi tassativamente determinate a livello normativo (artt. 1499, 1815, 1825 c.c.) e aventi la funzione di riequilibrare i vantaggi goduti dal debitore pecuniario anche indipendentemente dalla effettiva detenzione di una somma di denaro, tanto che «si parla spesso, a questo proposito, di interessi legali decorrenti su crediti non esigibili». Così B. Inzitari, *Interessi*, cit., 569.

²⁵ Per una esauriente ricostruzione B. Inzitari, *Interessi*, cit., 569 s.

²⁶ *Cfr.* G. B. Ferri, *Interessi e criterio di normalità*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, 273 s.

²⁷ Conquista del codice del 1942; l'art. 1231 del codice previgente stabiliva, infatti, che, in mancanza di patto contrario, nelle obbligazioni pecuniarie «i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle consistono sempre nel pagamento degli interessi legali, salve le regole particolari al commercio, alla fideiussione ed alla società». Gli interessi moratori costituivano, dunque, l'unica forma di ristoro riconosciuta al creditore civile, per di più limitati al tasso d'interesse pre-

Sotto il diverso profilo strutturale, però, l'importanza della distinzione resta ferma poiché se gli interessi corrispettivi rientrano nel piano originario dell'obbligazione principale e perciò non si prestano ad integrare l'oggetto di una ulteriore e diversa obbligazione accessoria, quelli moratori, al pari di quanto può rilevarsi per gli interessi compensativi (a patto di voler mantenere tale ultima distinzione), presuppongono la sopravvenuta patologia del rapporto obbligatorio (ovvero il ritardo) e, allo stesso tempo, nel caso di obbligazioni pecuniarie, la sua perdurante possibilità. Pertanto, solo la mora può dar luogo alla nascita dell'obbligazione degli interessi – obbligazione che, è bene sottolinearlo, corre parallela a quella principale, al contrario di quella risarcitoria che, invece, con l'obbligazione principale si pone in rapporto di reciproca esclusione o, meglio, di condizionalità – mentre, al contrario, gli interessi corrispettivi non svolgono mai questa funzione genitrice.

Resta, dunque, da chiedersi se il meccanismo sotteso all'obbligazione degli interessi (moratori) sia di tipo risarcitorio oppure no.

Molto è stato detto sul tema che, investendo trasversalmente profili di altissimo interesse, meriterebbe una trattazione a parte. Ciò che qui, per ragioni di sinteticità espositiva, vuol sottolinearsi è come l'idea di un danno determinato a *forfait* e a priori (vuoi dal legislatore vuoi dalle parti stesse), a dispetto dell'apparenza semantica, richiami alla mente piuttosto che il rimedio risarcitorio, quello ben diverso della restituzione²⁸ e, in ogni caso, meglio si in-

determinato dal legislatore, circostanza quest'ultima fortemente criticata da T. Ascarelli, *Limiti all'applicabilità dell'art. 1231 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 393, il quale riteneva che «Ormai da molti anni, e presumibilmente sarà ancora così per molti altri, il tasso dell'interesse del danaro è superiore a quello legale; da molti anni, e sarà ancora così per molti altri, il tasso ufficiale dello sconto e conseguentemente anche quello dell'interesse nel mercato, cambia con notevole frequenza. Il debitore moroso condannato pertanto al risarcimento del danno nella misura dell'interesse legale viene a risarcire un danno quasi sempre inferiore a quello provocato; la mora diviene una speculazione, un comodo mezzo per disporre di una somma di denaro al 5% anziché al 5^{1/2}% o al 6%. È necessario dire che tutto ciò è assurdo?». Nel vigore dell'attuale disciplina, come contenuta, nell'art. 1224, co. 1, c.c., grava in via esclusiva sul debitore costituito in mora, il rischio della svalutazione monetaria che assurge, quindi, a posta di danno concreto e reale, risarcibile in sé (e non già in quanto presupposto di un ulteriore danno la cui prova grava sul creditore) in via ulteriore e concorrente rispetto agli interessi moratori. *Cfr. il revirement* in tal senso operato da Cass., 30-11-1978, n. 5670, in *Giust. civ.*, 1978, I, 1909 s.

²⁸ Già R.J. Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, cit., 46, discorrendo dell'art. 1153 del codice

serisca nell'alveo della categoria dell'indennità²⁹. Il risarcimento, infatti, risponde a logiche inconciliabili con quelle proprie degli interessi moratori o della penale o, ancora, della caparra ove si prescinde da qualsiasi accertamento in merito al nesso di causalità ovvero alla rispondenza tra la *deminutio* e il *quantum debeat*, residuando la sola indagine (in negativo) sull'elemento della imputabilità idoneo a tracciare il confine non già tra pena e risarcimento ma tra obbligazione e garanzia³⁰.

Ma la differenza forse più vistosa e significativa tra le due tipologie rimediale risiede nella maggiore ampiezza dell'ambito di applicazione oggettivo della tutela restitutoria (o, meglio, dei presupposti di attivazione della stessa)

civile francese, suscita perplessità laddove rileva come il risarcimento del danno da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie sia determinato a forfait e, pertanto, fissato inderogabilmente dal legislatore. L'incomprensione si rintraccia anche nelle parole di Modica, *I danni interessi compensativi nel dir. Civ. it.*, Torino, 1913, 13, nota 1, il quale nel discorrere di ipotesi in cui il legislatore si è fatto carico di determinare a priori ed in misura fissa un danno non derivato dall'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria, riporta l'esempio dell'indennità dovuta dallo Stato per smarrimento di un pacco postale o di una missiva.

²⁹ F.S. Gentile, voce *Trascrizione*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 360, nota come il significato sostanziale dei due termini, indennità e risarcimento, rifletta esattamente l'opposto di quello semantico. «Indennità da *in e damnum*, dovrebbe significare eliminazione del danno; risarcimento, invece, da *sarcire*, rappazzare, rammendare, sarebbe una ricucitura, un rammendo, un riadattamento. I due termini hanno assunto ciascuno il significato dell'altro: il che non ha contribuito alla chiara rappresentazione dei loro elementi di contrasto». A voler ricostruire il significato del termine indennità o indennizzo a partire dal dato legislativo, osta il fatto stesso che il legislatore utilizza tali espressioni in una molteplicità di sensi: «a) come corrispettivo per il sacrificio di un diritto (...); b) come criterio per determinare la prestazione contrattuale assicurativa; c) come sinonimo di risarcimento» (così M. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. A. Scialoja – G. Branca*, 1993, 114).

³⁰ V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 618 s., nell'analizzare gli effetti della clausola penale, considerata come preventiva liquidazione dei danni ritiene che l'imputabilità del relativo inadempimento debba necessariamente ricorrere per potersi parlare di risarcimento poiché «manca altrimenti il requisito fondamentale di un'azione di danni non rispondendo il debitore che dell'inadempimento o del ritardo (mora) proveniente dal dolo o colpa. E dove non è concepibile azione di danni non può funzionare un istituto che mira a liquidarli». Sennonché, storicamente la penale non è destinata a produrre effetti all'esito di un giudizio di imputabilità, «ma se così è, non vi si può che ravvisare una deviazione dalle norme sul risarcimento che pure per Diritto romano presupponeva la colpa dell'obbligato. (...) Né pena né obbligo di risarcimento ove esula ogni criterio di colpa. Piuttosto io ne trarrei la conseguenza che il Diritto romano attribui alla *stipulatio poenae* anche l'ufficio di una tacita assunzione dei rischi per parte debitore, in aggiunta alle tante altre funzioni per cui codesto istituto acquistò in quella legislazione una singolarissima importanza».

³¹ A di Majo, *La tutela civile dei diritti*⁴, Milano, 2003, 319 s., così introduce l'argomento: «restituire significa qualcosa di diverso da risarcire. Restituire significa ristabilire le condizioni di fatto e di diritto che caratterizzavano la situazione del soggetto prima che un certo mutamen-

che coincide non solo con le alterazioni *contra ius* ma anche con quelle *sine causa*, svincolandosi dalle ristrettezze proprie di un rimedio pensato per rispondere alla violazione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo³².

Quando si parla di obbligazioni degli interessi, dunque, si deve intendere quella obbligazione accessoria all'obbligazione principale: a) che nasce dalla mora (ciò che induce ad escluderne la pertinenza con gli interessi corrispettivi) e presuppone la perdurante possibilità dell'obbligazione principale (ciò che induce ad escluderne la compatibilità con le obbligazioni di valore, come meglio si vedrà in seguito); b) che predetermina, a livello convenzionale ovvero, in via sussidiaria, a livello legale, la *misura del vantaggio da liquidità monetaria*; c) che svolge una funzione meramente restitutoria, a sua volta espressa nella forma e secondo le regole proprie dell'*indennità*; d) che, in termini processuali, rileva non tanto come un mezzo transattivo per evitare azioni di risarcimento ma come una presunzione *iuris tantum* del *quantum* dovuto dal debitore moroso, superabile solo in senso più favorevole per il creditore laddove questi, però, riesca a provare l'esistenza di una *diversa fattispecie* quella, appunto, *del danno da ritardo*.

3.- Se, dunque, gli interessi moratori non hanno, propriamente una funzione risarcitoria, ancorandosi piuttosto al vantaggio da liquidità monetaria, resta da chiedersi in che rapporto si pongano le obbligazioni pecuniarie con l'istituto della costituzione in mora, indagando l'utilità e il senso della neo-classificazione operata dal legislatore del 1942, il quale, da un lato, ha voluto le obbligazioni pecuniarie per c.d. civili *portable* piuttosto che *querable*, com'e-

to fosse intervenuto». La differenza tra i due rimedi risiederebbe, pertanto, nella circostanza per la quale «con il rimedio risarcitorio si intende risarcire massimamente contro il danno prodotto nella sfera patrimoniale del soggetto, assicurando ad esso una forma di compensazione pecuniaria che, più che eliminare materialmente il danno lo neutralizzi in senso economico (...). Invece con il rimedio restitutorio non si ha riguardo al danno (né importa che il danno patrimoniale sia prodotto) ma alla sola alterazione di una situazione di fatto e/o di diritto, alterazione che occorre rimuovere, ristabilendo la situazione originaria e con ciò ripristinando il vigore delle norme».

³² Così A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 320-321, il quale identifica semmai l'oggetto della tutela restitutoria nel regime di circolazione dei beni e non i diritti di appartenenza.

rano inizialmente – peraltro riaffermando il principio generale *dies interpellat pro homine* – dall’altro lato, ha confermato la natura etero-realizzativa del credito, facendo dell’*agere licere creditorio*, non solo un mezzo di auto-tutela del creditore ma anche una pre-condizione per l’accesso alla tutela giudiziale del credito.

Il combinato disposto degli articoli 1182, co. 3, e 1219, co. 2, c.c. include le obbligazioni pecuniarie tra quelle (*portable*) che vanno adempiute presso il domicilio del creditore e per le quali non è necessaria la costituzione in mora (c.d. *mora ex re*). Ai fini della decorrenza degli interessi moratori (art. 1224 c.c.) e della nuova ripartizione dei rischi (art. 1221 c.c.), non è dunque richiesto al creditore di compiere alcuna attività.

Ciò nonostante, una parte della dottrina ritiene che un atto di intimazione sia comunque necessario, essendo strumentale all’accertamento della volontà di non adempiere ovvero dell’imputabilità al debitore del ritardo, presupponendosi, in mancanza, quella tolleranza da parte del creditore atta ad escludere l’elemento soggettivo della responsabilità contrattuale ossia la colpa del debitore³³.

Trattasi di una ricostruzione non scevra da contraddizioni nella misura in cui risulta fondata su un duplice equivoco: da un lato, presuppone che gli interessi moratori assolvano ad una funzione strettamente risarcitoria, gioco-forza piegandosi alla regola di cui all’art. 1218 c.c., mentre così non è per le ragioni già esposte più sopra; dall’altro lato (e soprattutto), rintraccia nella responsabilità contrattuale una responsabilità fondata sulla colpa, tralasciando di considerare una serie di elementi a ciò ostativi.

Fondamento della responsabilità *ex art. 1218 c.c.*, infatti, non è la colpa – che entra in gioco solo in una fase secondaria e meramente eventuale del giudizio di responsabilità – ma l’inadempimento in sé, da considerarsi quale presupposto obiettivo il cui accertamento prescinde da qualsiasi indagine in merito allo stato soggettivo del debitore³⁴.

³³ Cfr. M. Bianca, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 340 s.; M. Libertini, *Interessi*, cit., 104; G. C. Messa, *L’obbligazione degli interessi e le sue fonti*, Milano 1911, 150.

³⁴ L. Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1075, ora in *Scritti*, a cura di C. Castronovo - A. Albanese - A. Nicolussi, Milano, 2011; Id, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. *Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 300, ove si legge che «l’inadempimento di una obbligazione precostituita è condizione logicamente sufficiente della responsabilità del debitore, senza bisogno della qualificazione soggettiva della col-

Ciò che non si traduce in una adesione alla teoria oggettiva della responsabilità contrattuale, fondata sull'attribuzione all'impossibilità liberatoria dei caratteri dell'assolutezza e dell'oggettività³⁵ ben potendosi configurare, tra questa e la diversa ricostruzione fondata sulla colpa, una terza via.

Ci si riferisce, in particolare, a quella dottrina che rintraccia il fondamento della responsabilità contrattuale nella mera inattuazione dell'obbligo primario di prestazione o degli obblighi accessori di protezione e il suo limite nell'impossibilità oggettiva e relativa, concetto di natura squisitamente giuridica, da tarare su misura del piano dell'obbligazione. Né una simile connotazione dell'impossibilità implica una ricaduta in senso soggettivistico della responsabilità del debitore: i mezzi dedotti dalle parti in obbligazione, alla cui stregua commisurare la relatività del limite in parola, non vanno confusi con la diligenza «la quale sta ai primi come la qualità dell'agire sta al programma di azione», ma concorrono a definire la prestazione, svincolando la possibilità di prestare dal risultato³⁶.

pa».

³⁵ Si veda, per tutti, G. Osti, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 336 s., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973; Id., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 614 s., il quale, individuato il fondamento della responsabilità contrattuale nell'inadempimento – tra l'altro con la consapevolezza che, anche nelle ipotesi in cui la responsabilità appare collegata alla colpa «ciò dipende solo dal fatto che nelle medesime obbligazioni inadempienza e colpa coincidono» – rintraccia nel limite della impossibilità della prestazione gli attributi propri dell'assolutezza e della oggettività ma, individuando nella possibilità della prestazione il presupposto logico per la sopravvivenza dell'obbligazione, viceversa fonda sulla colpa la responsabilità del debitore derivante da sopravvenuta impossibilità. Eppure già tale a. aveva intuito (e rinnegato) che, qualificando l'impossibilità come relativa, si finisce per richiedere al debitore uno sforzo atto ad impedire il verificarsi dell'impedimento misurabile in termini di «diligenza». L'approccio sposato da questa dottrina, che individua il limite della responsabilità all'esterno della sfera di dominio del debitore, trova una più generale giustificazione nella natura degli interessi coinvolti, asserita come meramente patrimoniale, di modo tale che «non vi è nulla che repugni a considerare decisiva, per dare fondamento alla responsabilità, quella subordinazione di interessi fra i due soggetti, indipendentemente dalla concreta libertà e possibilità di azione che abbia il soggetto vincolato a soddisfare l'interesse dell'altro: ed anzi, per la stessa autonomia delle rispettive sfere patrimoniali, qui domina il principio che ogni soggetto sopporta i rischi della propria economia individuale».

³⁶ Cfr. F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 623 s., il quale afferma che l'impossibilità della prestazione non costituisce «una categoria naturalistica e non

Richiamare la colpa (o il dolo) quali criteri di imputazione della responsabilità contrattuale, reclamando la necessità di un accertamento ulteriore rispetto a quello che verte attorno alla violazione del vincolo obbligatorio, si rivela, allora, del tutto pletorico: la doverosità della condotta del debitore, nei limiti in cui risulti astrattamente necessaria e sufficiente all'adempimento della prestazione, discende dal ritrovarsi iscritta all'interno dell'obbligazione e nulla più.

Il ruolo della colpa è, dunque, un altro: quale criterio di imputazione della sopravvenuta impossibilità, essa torna in gioco solo nella misura in cui l'adempimento della prestazione risulti irrimediabilmente compromesso, imponendo (in tal caso sì) un'indagine sul contegno tenuto dal debitore al fine di verificare se l'ormai comprovato fallimento del piano obbligatorio sia o meno a lui ascrivibile³⁷.

coincide con il superamento dei limiti dell'azione umana (*interitus rei*, forza maggiore, etc.), ma è conformata dall'autonomia delle parti o dal titolo legale dell'obbligazione ed è speculare al concetto di possibilità che è definito dal piano dell'obbligazione anche alla luce dell'integrazione *ex fide bona*.

³⁷ Cristallino sul tema C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 560, il quale prima ribadisce che l'obbligazione «come tale è fonte di responsabilità nel momento e dal momento in cui non è adempiuta» e poi licenzia la colpa dal ruolo di fondamento della responsabilità contrattuale per collocarla in negativo sul piano dell'imputabilità. «La colpa non è costitutiva della responsabilità contrattuale, ma non è neppure immediatamente impeditiva: prima occorre provare l'impossibilità e poi che questa non dipenda da colpa». La prima e più evidente conseguenza di tale impostazione è, dunque, di tipo probatorio, incombendo sul creditore che agisce la mera allegazione del titolo e dell'inadempimento e sul debitore la prova liberatoria che, a sua volta, si articola su due livelli, coinvolgendo tanto l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, tanto la non imputabilità della medesima sopravvenuta impossibilità al debitore stesso ossia l'assenza di colpa nel verificarsi di tale stato patologico dell'obbligazione. «In altre parole, l'impossibilità della prestazione, a differenza dell'inadempimento della prestazione possibile, non è un presupposto di fatto cui il legislatore collega in maniera incontestabile l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria in qualità di evento addebitato, per previsione tipica non soggetta a revisione, a responsabilità del debitore. L'impossibilità apre, invece, lo scenario dell'accertamento dell'imputabilità al debitore della circostanza che l'ha determinata e, per un necessario rapporto di pregiudizialità, anche alla ricostruzione del nesso di causalità, che fornisce la struttura portante cui applicare il criterio di imputazione. Soltanto che questo accertamento non è addossato al creditore dal momento che l'art. 1218 c.c. introduce un meccanismo di imputazione dell'impossibilità su un doppio livello: l'impossibilità produce inadempimento e quest'ultimo attrae la prima nell'area della responsabilità del debitore, il quale è ammesso però a dimostrare che la sopravvenuta impossibilità non è assorbita, per l'appunto, nell'inadempimento ma è conseguenza di un evento non prevedibile né evitabile, oppure non imputabile neppure su basi diverse, che ha determinato l'estinzione dell'intero rapporto». Così F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 639.

La spartizione dei rischi così declinata, che rende la responsabilità contrattuale una responsabilità soggettiva non fondata sulla colpa, cambia nel momento in cui il debitore si rende moroso, trascinando con sé la natura della fattispecie cristallizzata nell'art. 1218 c.c. che, di fatto, subisce una mutazione sostanziale. L'art. 1221 c.c. restringe le maglie della responsabilità del debitore moroso che può liberarsi solo provando che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore; la sopravvenuta impossibilità va, dunque, parametrata su misura non solo o non tanto dell'impegno di poiesi del debitore, come risultante dal piano obbligatorio, ma della capacità del creditore di preservare l'oggetto della prestazione, in base ad un giudizio *ex post* condotto alla stregua di presunzioni semplici.

Di conseguenza, anche se l'impossibilità liberatoria non diviene da giuridica a naturale, la responsabilità del debitore cambia titolo, fondamento e limite, da rintracciarsi rispettivamente nella costituzione in mora (salvo il caso della mora *ex re*), nel ritardo e nell'impossibilità oggettiva e assoluta, avvicinandosi la struttura della fattispecie al modello meglio noto come responsabilità *ex recepto*³⁸.

In altri termini: posta come esimente una causa che proietta verso l'esterno l'accertamento della (assenza di) responsabilità del debitore moroso, l'attenzione dell'interprete si sposta dall'elemento soggettivo dell'illecito (l'assenza di colpa nella causazione della sopravvenuta impossibilità della prestazione) al concetto di rischio³⁹. Da un lato, infatti, l'impossibilità di prestare

³⁸ Come è noto, tale termine individua un particolare regime di responsabilità contrattuale in cui non si verifica l'integrazione della regola declinata dall'art. 1218 c.c. con quella di cui all'art. 1176 c.c. e il criterio di imputazione della sopravvenuta impossibilità non è la colpa bensì la mancata ricorrenza di una nozione oggettiva di caso fortuito. In altri termini: dato per assunto che la responsabilità contrattuale è una responsabilità soggettiva in cui «la colpa del debitore entra in ballo solo quando si deve determinare l'imputazione dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione» (così F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 636), l'espressa previsione legislativa di un criterio di imputazione diverso dalla colpa, quale il caso fortuito, giustifica una deroga al regime generale che, in quest'ottica, diviene più che altro un regime residuale di responsabilità.

³⁹ Ritiene F. Piraino, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 4/2011, 1019, che: «Nonostante che il caso fortuito e la forza maggiore siano astrattamente distinti dall'impossibilità e anzi ne vadano distinti esattamente come la causa va tenuta separa-

dismette la sua veste originale per assumere sembianze più specifiche e tradursi nel perimento dell'oggetto della prestazione; dall'altro lato, la imputabilità della sopravvenienza estintiva (o commutativa) dell'obbligazione originaria è subordinata ad una verifica tarata su misura di un soggetto diverso del debitore ossia il creditore. Il che, in effetti, pone un ulteriore problema di tipo concettuale: o ritenere che il creditore cui si riferisce l'art. 1221 c.c. è *il creditore in concreto*, così riportando al dato particolare e alle specificità proprie del rapporto in questione l'indagine sulla imputabilità della sopravvenienza; o porre l'accento sul dato funzionale, prendendo a modello *il creditore ideale* e sostanzialmente riducendo le ipotesi di perimento imputabile a quelle derivanti dal caso fortuito o dalla forza maggiore.

In questo senso, la condotta delle parti successiva all'evento «mora» diviene secondaria, per non dire irrilevante (almeno ai fini dell'insorgenza della responsabilità), assumendo centralità una tecnica di spartizione degli eventi preventivamente accollati all'una o all'altra parte che nulla ha di propriamente soggettivo, ancorandosi piuttosto ad un concetto di impossibilità sopravvenuta che simula l'impossibilità naturale (nella misura in cui si traduce nel perimento dell'oggetto della prestazione) per ridivenire giuridica, ma assoluta, nel momento in cui richiede un'indagine basata su un'astrazione, quella appunto del creditore ideale.

Una simile costruzione finisce, in sostanza, per ricondurre il regime di responsabilità del debitore moroso a quello della responsabilità *ex recepto* la cui logica fondante trova ancoraggio nel principio del rischio «in base alla considerazione che il soggetto, il quale a suo vantaggio crea le condizioni di un possibile danno, debba altresì sopportarne le conseguenze»⁴⁰. Ancora una

ta dall'effetto, i primi finiscono per influenzare i contorni della seconda. Quando l'impossibilità viene ascritta al debitore soltanto in quanto conseguenza del caso fortuito o della forza maggiore, come accade nelle fattispecie note come ipotesi di responsabilità *ex recepto*, la nozione di impossibilità subisce un irrigidimento rispetto alla fisionomia consueta, spostandosi oltre la linea della relatività ed aggiungendo al carattere dell'oggettività quello dell'assolutezza. Caso fortuito e forza maggiore evocano fatti generatori dell'impossibilità di natura eccezionale e di portata rilevante e ciò fa sì che la causa prevalga sull'impossibilità o meglio che si invertano i termini della relazione: mentre di regola la causa è in funzione dell'impossibilità, nel caso di imputazione a titolo di caso fortuito diviene l'impossibilità in funzione della causa. Verrebbe così giustificata la tradizionale connotazione di estremo rigore che si è soliti assegnare alle ipotesi di *receptum*, senza essere costretti a riesumare le antiche nozioni di caso fortuito e forza maggiore come eventi non dominabili dalle forze umane, secondo lo schema più antico che li identificava con accadimenti di carattere fatale o di natura divina».

⁴⁰ Così R. Scognamiglio, *Rischio e impresa*, in *Resp. civ. danno*, Torino, 2010, 155, il quale si

volta trova conferma l'intuizione che vuole la responsabilità c.d. oggettiva – da non confondere con la responsabilità per pura causalità⁴¹ – come un modello tutt'altro che residuale, tanto che la stessa responsabilità contrattuale, subentrata la mora, diviene *genus* di *specie*⁴².

A prescindere da tali considerazioni, che investono la più specifica questione dell'impossibilità sopravvenuta, ciò che qui occorre sottolineare è come il danno risarcibile vada sempre provato, tanto nel caso di inadempimento quanto nel caso di ritardo. Ci si riferisce, ovviamente, a quello che il diritto positivo identifica come danno ulteriore, poiché gli interessi si producono di diritto dalla costituzione in mora del debitore sempre che la cosa oggetto della prestazione inadempita sia fruttifera o, più precisamente, consista in una somma di denaro.

rifà anche a N. Coviello, *La responsabilità senza colpa*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1987, 188 s., e sviluppa il discorso soprattutto con riferimento alle ipotesi di responsabilità oggettiva rintracciabili nell'ambito aquiliano. Più in generale in *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, da Studi in memoria di A. Torrente, Milano, II, ora in *Resp. civ. danno*, cit., 116 s., rileva come «Si vuole avvertire come la nozione di colpa possiede la singolare attitudine ad esprimere ad un tempo l'idea di un principio ispiratore delle statuizioni di responsabilità e l'altra ben più specifica e rigorosa di un elemento o connotato qualificante della fattispecie inerente all'azione dell'uomo. Chi nega l'ammissibilità di una responsabilità senza colpa ma anche chi attribuisce alla colpa un ruolo in ogni caso prevalente e ne auspica di recente, qualsiasi voler reagire ad un dilagante materialismo, una più penetrante considerazione, ha dinnanzi agli occhi l'immagine di criteri e valori che trascendono la sfera contingente delle statuizioni normative e appartengono all'*humus* dei valori morali, sociali e culturali in cui il mondo del diritto affonda le sue radici. (...) A voler muovere da questa diversa prospettiva non riesce troppo difficile ravvisare le linee ed il significato della colpa, che, nella misura in cui viene intesa come un dato rilevante nell'ambito di una determinata fattispecie, ed acquista d'altronde una sicura carica effettuale, è destinata a ridimensionarsi e perdere allora il rango e la forza espansiva di un principio di portata generale».

⁴¹ Mentre la responsabilità oggettiva «costituisce un modello alternativo di responsabilità poiché non si esaurisce in una forma di responsabilità nonostante l'assenza di colpa, ma è responsabilità in base ad un criterio di verso di imputazione», la responsabilità per pura causalità «darebbe luogo ad una responsabilità assoluta che costituisce però un modello irricevibile perché destinato a tradursi in un sistema di riparazione dei danni inesorabile ed in un certo qual senso arbitrario». Così F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 608.

⁴² Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 348, il quale giunge sino a dubitare della eccezionalità della responsabilità oggettiva, ipotizzandone l'esportazione per via analogica anche in ambiti non predeterminati dal legislatore.

Di modo tale che, anche qualora si verta in tema di obbligazioni pecuniarie (e, in generale, di mora automatica), la costituzione in mora del debitore è sempre necessaria, non tanto per escludere la tolleranza del creditore ma per fondare il suo diritto al risarcimento del danno «ulteriore» da ritardo, mentre, al contrario, la ripartizione dei rischi di cui all'art. 1221 c.c. opera a prescindere dall'iniziativa del creditore, al pari di quanto accade per la produzione degli interessi moratori.

È evidente la (diversità di) *ratio* sottesa a tali istituti: mentre gli interessi moratori assolvono ad una funzione di mero riequilibrio tra il creditore diligente che, in un mondo giuridico ideale, avrebbe dovuto godere dei frutti della cosa e il debitore moroso, il quale in conseguenza della violazione di un vincolo ne ha di fatto la disponibilità, il danno derivante da inadempimento o da inesatto adempimento è finalizzato a risarcire il creditore nell'eventualità in cui il danno-evento, ossia il *breach of contract*, lo abbia leso in un suo interesse ritenuto meritevole di tutela.

Come già accennato più sopra, dunque, non già di forfettizzazione anticipata del danno da ritardo è opportuno parlare nel discorrere di interessi moratori ma di restituzione per mancato godimento dei frutti ossia, nel caso delle obbligazioni pecuniarie, per indebito vantaggio di liquidità monetaria, secondo un meccanismo che richiama alla mente quello proprio dell'ingiustificato arricchimento⁴³.

Tale conclusione – è bene precisarlo – vale tanto nel caso in cui l'obbligazione principale nasca come obbligazione di valuta, quanto nel caso in cui l'obbligazione principale, già obbligazione di valore, venga virtualmente convertita *ex post* dal giudice in obbligazione pecuniaria, come tale (e solo da quel momento) produttiva di interessi moratori. Ciò è tanto più vero laddove si pensi che, se normalmente la quantificazione pur aprioristica e forfettaria del danno (o, meglio, della perdita) non può prescindere da un'indagine sull'imputabilità dell'evento, la stessa inestinguibilità dell'obbligazione pecuniaria e, di riflesso, dell'obbligazione degli interessi ad essa accessoria, nel liberarla anche da tale ultimo giogo, la avvicina allo schema proprio della ga-

⁴³ Cfr. l'esautiva ricostruzione di P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in Trattato di diritto civile (diretto da) R. Sacco, passim, spec. Cap. VII. La premessa esplicita del discorso in tema di inadempimento e restituzioni è che un approccio casistico al problema «consente di confermare che il regime delle restituzioni contrattuali segue ormai un regime suo proprio».

ranza piuttosto che a quello della responsabilità⁴⁴, quasi che l'assoluta genericità della destinazione obbligatoria del denaro ne impedisca l'adattamento ai meccanismi propri di ogni altra obbligazione.

In altri termini: se normalmente la mora trasforma il regime di responsabilità del debitore da «oggettivo» a «oggettivo» (con i correttivi e le precisazioni concettuali già visti più sopra), la specialità dell'oggetto dell'obbligazione pecuniaria, che non muta al verificarsi di alcuna patologia del rapporto obbligatorio, interviene in radice sul regime stesso, allocando *ab origine* la posizione del debitore pecuniario nell'alveo della garanzia. Ciò che spiega l'assoluta irrilevanza dell'evento danno nella liquidazione dell'indennità da mancato godimento del denaro, l'inderogabilità *in peius* della quantificazione così operata e l'incompatibilità tra il meccanismo proprio degli interessi moratori (garanzia più indennità) e quello delle obbligazioni di valore (responsabilità più risarcimento), che produrranno interessi moratori solo a partire dalla loro eventuale conversione (giudiziale) in obbligazioni di valuta. L'inadempimento che normalmente converte l'obbligazione principale in quella risarcitoria, nelle obbligazioni pecuniarie non converte nulla⁴⁵ ma produce come

⁴⁴ Sul punto *cf. supra* e, in particolare, note 14 e 15. V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 641 s., nella vigenza del vecchio codice e, in particolare, dell'art. 831 c.c., così ragionava: «La liquidazione dei danni ministero legis è la regola quando trattasi di debiti pecuniari. Quivi la legge ha considerato che un danno per il non esatto adempimento dell'obbligazione ci sia sempre, visto l'uso generale di non lasciare il danaro improduttivo, e d'altra parte ha creduto bene di valutarlo essa questo danno nei termini di ragione. Sarebbe difficile altrimenti apprezzarlo e dimostrarne la precisa estensione, attesa l'indole stessa e il contenuto di siffatti debiti (...). Il denaro, non servendo a scopo individuale d'uso, ma pel suo generale valore di cambio, che permette a ciascuno di acquistare quanto gli abbisogna, è l'unico bene che possa in commercio formare oggetto di domanda, e appunto per questa generalità di domanda del danaro sul mercato esso può essere collocato in qualsiasi momento ad un tasso, che a sua volta poi varierà secondo la quantità complessiva del denaro offerto allora sul mercato. Giusto è quindi che sempre, senza che gli tocchi provare il danno risentito per non aver ricevuta la somma dovutagli a suo tempo, il creditore possa esigere gli interessi (...).»

⁴⁵ Sempre V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 643, si chiede «Com'è che la legge parla solo di ritardo (mora) e non anche di danni derivanti da inadempimento dell'obbligazione? Perché qui, verificandosi l'inadempimento, non sarà mai il caso di dire che la prestazione promessa, non conseguibile eventualmente in forma specifica, si convertirà in una prestazione diversa, com'è quando alla res debita si sostituisce il risarcimento in denaro. Già *ab origine* una somma di denaro formava oggetto dell'obbligazione inadempita, la quale reste-

effetto la genesi dell'obbligazione degli interessi che, dunque, nasce solo ed esclusivamente dal ritardo nell'adempimento di obbligazioni di tal fatta. La tutela assicurata dall'ordinamento al creditore pecuniario, pertanto, deve sempre ritenersi di tipo restitutorio, sia per quanto attiene a ciò che comunemente viene considerato l'equivalente del danno da inadempimento sia (per le ragioni già dette) per il c.d. danno da ritardo o, meglio, per l'indennità da vantaggio di liquidità monetaria; diversamente, subentra il rimedio risarcitorio al verificarsi dei danni ulteriori, che integrano l'oggetto di un'obbligazione risarcitoria autonoma e diversa da quella restitutoria per mancato pagamento di somme di denaro e che, proprio per questo, pongono un problema di imputabilità sconosciuto alla mora.

Più precisamente: mentre nel caso delle obbligazioni pecuniarie all'evento *ritardo* naturalisticamente inteso si ricollega automaticamente il meccanismo indennitario degli interessi moratori, per il danno ulteriore è necessario vestire di norma giuridica il ritardo per il tramite della costituzione in mora, che, per di più, fa scattare un regime di responsabilità (*ex recepto*) laddove prima si verteva in tema di garanzia.

Latente e irrisolto resta il problema della qualificazione giuridica e dell'inquadramento sistematico dei danni conseguenza i quali, allocandosi sempre in seno alla categoria della responsabilità e non potendo ridursi ontologicamente alla categoria concettuale del danno da inadempimento⁴⁶, in generale rivendicano un inasprimento dell'onere probatorio in danno del creditore danneggiato, esprimibile in termini di mutazione *ab origine* del criterio di im-

rà pur sempre dovuta quella somma, più gli interessi di essa, finché dura l'inadempimento (...).

⁴⁶ Insegna A. di Majo, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007, 111 s., spec. 124, che «Per danni consequenziali si intendono quei danni che non si ricollegano direttamente alla prestazione inattuata e quindi all'inadempimento ma rappresentano «ulteriori» conseguenze di ordine negativo di esso. Tali danni *stricto sensu* non hanno riguardo alla aspettativa di adempimento (al c.d. *Expectations-interest*), dacché in tale aspettativa essi non sono ricompresi, ne potrebbero esserlo, ma derivano e/o comunque costituiscono «conseguenza» dell'aspettativa insoddisfatta. In ordine ad essi hanno pieno vigore, quali criteri limitativi, quello costituito dalla «regolarità causale» (art. 1223) nonché dalla regola della prevedibilità (art. 1225)». E ancora, alle pag. 125 e 126: danno consequenziale è quel danno che «si pone oltre l'adempimento (...). A tale categoria di danni è riservata ad es. attenta considerazione dal diritto tedesco delle obbligazioni oggetto di riforma, secondo cui la tipologia dei danni si articola attorno a questi due poli: può darsi risarcimento (di danni) «al posto» della prestazione mancata (*statt der Leistung*) (par. 281, 282, 283 BGB) così come altresì «accanto ad essa» (*neben der Leistung*)», citando a titolo esemplificativo proprio i danni da ritardo e i danni ulteriori.

putazione della responsabilità⁴⁷ – da inadempimento a dolo o colpa – ovvero riconnesso ad un diverso atteggiarsi del nesso di causalità, assolutamente superfluo nella prima fase di accertamento della responsabilità del debitore, ossia nel rapporto tra inadempimento e danno da inadempimento e di nuovo protagonista nel danno ulteriore⁴⁸. Tutto ciò, si intende, sempre a patto di mantenere valida una distinzione, quella tra imputabilità e causalità, che pare autenticamente giustificabile proprio in campo contrattuale.

⁴⁷ Per F. Realmondo, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 20 s., la tesi in forza della quale il giudizio di responsabilità del debitore e conseguente risarcimento dei danni sofferti dal creditore si articola in due fasi distinte la prima delle quali, quella in cui si accerta l'inadempimento, non pone alcun problema di causalità, è sostenibile solo a patto di accedere, a monte, «alla tesi secondo cui nella struttura del rapporto obbligatorio è irrilevante l'attività del debitore, il quale più che obbligarsi a tenere un comportamento garantisce un certo risultato la cui realizzazione non è necessariamente collegata da una relazione strumentale ad un comportamento dell'obbligato». L'A., correttamente, rifiuta tale esito, ricordando come «il rapporto obbligatorio non può essere ridotto ad un mero rapporto di garanzia contro un certo rischio. Al contrario il sorgere di un vincolo obbligatorio si giustifica esclusivamente nelle ipotesi in cui al raggiungimento del risultato utile perseguito dal creditore sia strumentale un comportamento del debitore». Ciò, tuttavia, non esclude che l'indagine causale risulti di fatto superflua con riferimento al danno da inadempimento ma, intuisce l'A., tale superfluità deriva da un dato tanto evidente quanto sottovalutato. In caso di inadempimento, infatti, «non vi sarebbe alcuna modificazione del mondo esteriore con riferimento alla quale possa correttamente porsi il problema causale: mancherebbe cioè il secondo termine del rapporto di causalità il quale presuppone sempre il verificarsi di qualche cosa di nuovo e di diverso. In altre parole una volta constatato che l'interesse del creditore non è stato soddisfatto non si saprebbe come impostare il problema casuale rispetto ad una entità negativa quale la mancata produzione del risultato oggetto dell'obbligazione». Problema che, invece, ritorna non solo nel caso in cui si sia verificata un'ipotesi di sopravvenuta impossibilità della prestazione – a patto, però, che «l'evento che impedisce al debitore in modo oggettivo e assoluto di adempiere consista in una modificazione del mondo esteriore» – ma anche al ricorrere di danni ulteriori che, al contrario di quanto può dirsi per l'inadempimento, individuano sempre una modificazione dell'ambiente circostante.

⁴⁸ Sempre A. di Majo, *La responsabilità contrattuale*, cit., accorpa le due soluzioni in una, identificando il danno ulteriore *in primis* nel danno derivante dalla violazione di doveri di protezione ossia quei doveri che accompagnano la prestazione principale incorporando «interessi di natura fondamentalmente aquiliana, perché non riferiti a prestazioni oggetto di promessa, ma per così dire «contrattualizzati» attraverso l'inserimento, nel rapporto contrattuale», i quali, però, proprio perché contrattualizzati non necessitano di un supporto sul piano dell'imputazione diverso dall'inadempimento dell'evento dannoso. Rispetto a questi interessi si pone un

La regola contenuta nell'art. 1224, co. 2, c.c. – a mente del quale «al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore (rispetto a quello liquidato con gli interessi moratori n.d.a.) spetta l'ulteriore risarcimento» salvo che sia stata dalle parti pattuita la misura del tasso d'interesse moratorio – sembra in effetti lasciare poco margine alla fantasia. Privilegiando il dato letterale, il danno da ritardo nel pagamento del debito pecuniario pare compensato per il tramite di una tecnica tipicamente risarcitoria e gli interessi moratori non sembrano costituire null'altro che una presunzione – sia dell'*an* che del *quantum* – che il creditore può superare fornendo la prova della sua effettiva maggiore ampiezza.

C'è da dire, però, che – come si è già accennato più sopra⁴⁹ – tale previsione è stata impiantata *ex post* sulla coda di quella contenuta nel primo comma, il quale solo ha superato indenne la prova del trapasso dal codice del 1865 a quello del 1942, offrendo all'interprete di oggi come a quello di ieri un esempio di regola giustamente priva di pretese definitorie, le quali a volte confondono più che chiarire. Le ragioni storiche sottese a tale «novella» sono presto dette: da più parti si sentiva la necessità di prevedere un correttivo alla tecnica «basica» di quantificazione degli interessi moratori i quali, proprio perché rigidamente predeterminati, molto spesso finivano per non rispecchiare il reale valore del denaro. Così, si è stabilito che per far convivere poste di «danno» diverse – quali il mancato vantaggio da liquidità monetaria e la svalutazione – al creditore fosse sempre consentito di provare il danno maggiore, errando però nella scelta delle parole e così stringendo l'interprete tra l'odiosa alternativa di rinunciare ad una forma rimediabile (quella re-

problema in termini di inclusione/esclusione dal piano della tutela contrattuale, presupponendo la prima alternativa che tali interessi siano stati per sottratti alla generica tutela aquiliana e resi degni di una più specifica tutela, per il tramite della particolare veste giuridica riconosciuta alla promessa del creditore. In questi termini, il c.d. danno da affidamento sarebbe il danno occasionato dal mancato buon esito del contratto ulteriore rispetto al danno da inadempimento. Rispetto a questo danno l'art. 1223 c.c. agisce come una vera e propria regola causale o di fattispecie (e non già di mero risarcimento, come per il danno da inadempimento): «il primo livello da raggiungere è senza dubbio la loro riconduzione, proprio in termini di evento lesivo, quale «conseguenza immediata e diretta» (art. 1223) dello inadempimento, all'area della risarcibilità. Raggiunto questo livello, v'è il secondo livello costituito dalla loro apprezzabilità in termini di perdita-e/o mancato guadagno dal contraente risentito». Diversamente tale differenziazione non sembra operare con riferimento al diverso criterio della prevedibilità (art. 1225 c.c.) che, sia con riferimento al danno da inadempimento, sia con riguardo al danno ulteriore) opera alla stregua di un criterio di quantificazione del danno, riferendosi non solo all'evento lesivo ma anche e soprattutto all'ammontare del danno derivatone.

⁴⁹ Cfr. nota 25 e i rilievi di Tullio Ascarelli ivi riportati.

stitutoria) che meglio risponde alla *ratio* dell'istituto ovvero abbracciarla forzando il dato letterale e finendo per auspicare l'inatteso, ossia la stabile convivenza all'interno di uno stesso articolo del codice di due tipi rimediali: restituzione al primo comma, risarcimento al secondo.

Pur tuttavia – e sempre a patto di arrendersi all'evidente discrasia tra dato testuale e dato reale – pare possa ipotizzarsi tra le due sopra tratteggiate una terza via, facendo leva sull'inciso finale del secondo comma dell'articolo in esame. Il fatto che il legislatore abbia escluso la possibilità per il creditore di vedersi risarcito il danno ulteriore «se è stata convenuta la misura degli interessi moratori» è indicativo e utile al fine di svelare l'inganno del linguaggio. La clausola con cui tali interessi vengono convenzionalmente contrattualizzati, infatti, svolge una funzione di controllo dell'alea del rischio connesso alle fluttuazioni del valore del mercato. Il che equivale a dire che il legislatore, preso atto del grado di probabile fallibilità della tecnica rimediale da lui predisposta, offre alle parti di un rapporto obbligatorio originariamente pecuniario due possibilità: aderire al sistema predisposto dall'alto e accollarsi l'onere della prova in caso di eventuale scollamento tra il tasso legale degli interessi moratori e il reale valore del denaro, oppure rinunciare preventivamente alla possibilità di ottenere il ristoro integrale assicurandosi, però, una maggiore copertura del rischio per il tramite di una determinazione convenzionale del tasso d'interesse (presumibilmente a rialzo rispetto a quello legale).

A ben vedere, quindi, all'interno dell'art. 1224 c.c. convivono non due bensì tre forme rimediali: una forma restitutoria al primo comma, in cui la quantificazione dell'indennità avviene secondo il dettato normativo; una forma risarcitoria al secondo, subordinata al verificarsi di un maggior danno e rimessa alle normali regole in materia di probazione contrattuale; una terza forma rimediale ibrida ma sostanzialmente di nuovo restitutoria, declinata nella parte finale dello stesso secondo comma, che differisce dalla prima sotto il profilo del suo funzionamento, seguendo le regole poste dalle parti stesse.

Un vero guazzabuglio, giustificabile solo a patto di ritenere – come già autorevolmente è stato sostenuto⁵⁰ – che, quando si parla di danno da inadempimento, la differenza tra tutela restitutoria e tutela risarcitoria sfuma essendo quest'ultima null'altro che la traduzione in termini economici della utilità promessa e già virtualmente ricompresa all'interno del patrimonio ideale del creditore⁵¹. Ciò che sembrerebbe trovare conferma nella natura necessariamente succedanea del rimedio risarcitorio in ambito contrattuale

⁵⁰ Cfr. L. Nivarra, *I rimedi specifici*, Relazione al convegno del 26-27 novembre 2010 *Le tutele contrattuali nella prospettiva del diritto europeo*, Scuola Dottorale Internazionale «Tullio Ascarelli» e Università degli studi Roma Tre, Facoltà di Giurisprudenza, ora in *Europa dir. priv.*, 2011, 157 s., il quale ritiene che «almeno per quel che concerne la frazione ideale corrispondente al valore della prestazione (la c.d. *aestimatio rei*), la misura contemplata dall'art.1218 c.c. non riveste un carattere propriamente risarcitorio, perché essa non mira al ristoro di un danno, quanto piuttosto al procacciamento di un utile o, per essere più precisi, alla erogazione di una risorsa destinata ad incidere, oramai solo in senso quantitativo (là dove la prestazione originaria avrebbe inciso in senso qualitativo) sulla composizione e sulla fisionomia del patrimonio del creditore. (...) l'equivalente pecuniario della cosa (o della prestazione) va, puramente e semplicemente, a prendere il posto che, nella geografia del patrimonio dell'avente diritto, occupava (o avrebbe occupato) il bene ormai perito o, comunque, non più recuperabile: ciò che appare irriducibile alla *ratio* propria del rimedio risarcitorio nella prospettiva del quale il patrimonio del danneggiato si rappresenta sempre alla stregua di un'entità statica, predefinita e, fondamentalmente (...) indifferenziata. (...) Intendo dire che, fin dal momento del sorgere dell'obbligazione, nel patrimonio del debitore si radica una posta attiva (il diritto di credito) cui corrisponde un valore economico costante, in origine individuato attraverso il *medium* della prestazione oggetto dell'obbligazione, successivamente (ma solo quando prenda corpo lo scenario evocato dall'art.1218 c.c.) attraverso un equivalente monetario. In questo senso, quindi, il «risarcire» *ex contractu* è sempre anche un «restituire», nel senso di ripristinare un assetto patrimoniale che incorpora già, sia pure nella forma ideale del diritto soggettivo, l'utilità poi, in concreto, erogata dal debitore. Ciò, del resto, è una conseguenza del fatto che, per quanto trasformato in un *entitlement*, un valore economico rimane pur sempre un valore economico: e una volta acquisito al patrimonio di un soggetto, esso non potrà che riacquisire, per qualche via, la sua originaria materialità, pena l'insensatezza stessa di buona parte dell'impresa giuridica.

⁵¹ Sempre L. Nivarra, *I rimedi specifici* cit., 174-175, ritiene che «nella prospettiva del danno contrattuale, l'interesse giuridicamente protetto (il diritto di credito) torna ad essere l'immediato referente dell'illecito, al punto tale che qui ben può dirsi che l'ingiustizia del danno sia *in re ipsa*. In altri termini, ai fini della formulazione del giudizio di responsabilità, non sarà necessario in alcun modo verificare preliminarmente e strumentalmente che il danno – perdita patrimoniale si ricolleggi alla lesione di un interesse giuridicamente protetto (ossia, ad un danno ingiusto), perché questo passaggio è assorbito dalla strutturale illiceità dell'inadempimento il quale è, né potrebbe essere altrimenti, immediata lesione del diritto di credito. Certo, un siffatto modo di atteggiarsi dell'ingiustizia del danno è solo un altro modo di declinare, dall'interno dell'obbligazione, l'impianto relazionale del vincolo, riproponendo così, in definitiva, la distinzione fondata sull'esserci, o sul non esserci, di un rapporto preesistente. Tuttavia, il mutamento di prospettiva rende più agevole cogliere una spiccata torsione in senso satisfattivo della misura compensativa, allorché essa venga programmaticamente asservita alla tutela di

che sostituisce l'adempimento in natura solo quando (e a patto che) la prestazione sia divenuta impossibile.

Ad una simile ricostruzione, applicata in termini generali e astratti, potrebbe obiettarsi (come, in effetti, è stato obiettato) che «il diritto di credito è certamente una posta attiva del patrimonio del creditore, come la disciplina della cessione del credito (...) sta a dimostrare, ma non di entità pari all'ammontare del valore del bene o delle utilità finali che devono pervenire al creditore a seguito dell'inadempimento. (...) Il credito ha una sua ontologia distinta dal bene dovuto e, se in sede di risarcimento del danno non si liquida il valore del credito ma quello del bene dovuto è proprio perché il tempo dell'adempimento è scaduto, il soddisfacimento specifico mediante l'adempimento in natura non è possibile o non più utile e si è radicato, dunque, un danno pari alla mancata acquisizione dell'utilità finale che il legislatore deve rimuovere innanzitutto tramite la corresponsione del valore economico di quest'ultima. Ragionare in modo diverso significa sminuire il ruolo della cooperazione del debitore e anticipare al momento dell'acquisizione del credito il compimento, per lo meno a livello sostanziale e non già anche formale, dell'effetto attributivo del bene dovuto»⁵².

Tuttavia, quel che vale per la generalità delle obbligazioni non vale nelle obbligazioni pecuniarie nella misura in cui, da un lato, risultano intrinsecamente funzionali all'attribuzione di un valore, circostanza che fa cadere la differenza ontologica tra credito e bene dovuto, dall'altro lato, la loro destinazione assolutamente generica, tale per cui (a rigor di logica) non è dato rintracciarne cause di estinzione, si traduce in una pressoché assoluta indifferenza per l'attività di poiesi del debitore e, quindi, in ultima analisi, del principio di cooperazione, annullando la tendenza etero-realizzativa del credito⁵³.

una specifica situazione di vantaggio: e ciò perché, nell'ipotesi in esame, l'obiettivo fondamentale del risarcimento del danno è quello di procurare al creditore, sia pure per equivalente, la stessa utilità che gli sarebbe pervenuta per il tramite della prestazione originaria».

⁵² Così F. Piraino, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, cit., 1098-1099.

⁵³ Non può, tuttavia, tacersi la recente inversione di tendenza voluta dal legislatore della crisi che, nell'introdurre l'istituto del sovra-indebitamento (l. n. 3 del 27 gennaio 2012, prima, e l. n. 134 dell'11 agosto 2012, poi), da un lato, ha finito per ridimensionare la funzione propria dell'*agere licere creditorio* – nella misura in cui l'attività posta in essere dal creditore per l'ac-

Così gli interessi moratori, siano essi esattamente commisurati al tasso legale, determinati in base al tasso convenzionale ovvero adeguati giudizialmente *ex post* in relazione alla effettiva svalutazione monetaria, assolvono sempre ad una funzione restitutoria ma se nel primo caso mantengono anche la forma della indennità – in quanto predeterminati e tendenzialmente svincolati sia nell'*an* che nel *quantum* dal concetto di danno – nel secondo caso sembrano tendere verso il risarcimento nella misura in cui la loro quantificazione è demandata al giudice previo accertamento del «maggior danno».

quisizione dell'utilità promessa attraverso i meccanismi codicistici all'uopo predisposti è costretta ad arrestarsi di fronte alla dichiarazione di insolvenza del debitore –, dall'altro lato, ha rimarcato la natura etero-realizzativa del credito, anche del credito pecuniario. L'*agere licere* creditorio, infatti, coincide con un comportamento privo dell'attitudine a determinare una realizzazione diretta ed immediata del titolare del diritto ma capace di sollecitare l'attribuzione finale attraverso meccanismi quali la mora, il termine di grazia, e così via. Secondo Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 18, l'*agere licere* creditorio «lungi dal presentarsi come una posizione inattiva di aspettativa tutelata, prende corpo in una pluralità di comportamenti materiali e di atti giuridici che esprimono la tensione del diritto di credito verso la realizzazione in natura e che si potrebbe racchiudere nella formula di *prerogativa al conseguimento del bene dovuto*». Ma, soprattutto, con l'istituto del sovra-indebitamento il legislatore sembra aver voluto inserire nella trama delle obbligazioni in generale (e, dunque, anche di quelle pecuniarie) un'inedita causa di estinzione. Alcuni studiosi (cfr. T. Whilemsson, «*Social force majeure*» – *A new concept in Nordic Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 1990, I, passim; J. Barlund, *NAK rapport*, Köpenhamn, 1990, passim) parlano in proposito di «forza maggiore sociale», idonea ad interrompere il nesso di causalità tra la condotta tenuta dal debitore e il danno prodottosi in capo al creditore, ossia l'inadempimento, sia esso temporaneo o definitivo, che, in quest'ottica finisce (tra l'altro) per qualificarsi come un illecito *ex se*. A sostegno della teoria stanno alcuni dati di diritto positivo (rinvenibili, chiaramente, negli ordinamenti nordeuropei di appartenenza degli studiosi menzionati) che, in presenza di determinati presupposti, impongono coattivamente una rivisitazione del rapporto obbligatorio così subordinando il principio del *pacta sunt servanda* a esigenze di tipo sociale. Al beneficio della remissione del debito (che ben può passare per i meno drastici rimedi della rimodulazione delle scadenze o della rinegoziazione dei tassi di interesse) può accedere il debitore civile che, nell'ambito di un rapporto rigorosamente B2C, abbia subito eventi personali, estranei alla sua sfera di dominio (licenziamento, infortunio, etc.), imprevedibili al momento del sorgere del debito e capaci di ridurre in modo significativo la capacità reddituale. Considerazioni, queste, rimaste del tutto estranee al legislatore nazionale del 2012 né altrove rinvenibili con altrettanta lucida incontrovertibilità. Di talché, la causa di estinzione di ispirazione socialista reclamata dalle dottrine nordeuropee non sembrerebbe trovare appigli nel nostro ordinamento. Oltre all'estinzione dell'obbligazione, resta però aperta un'altra via, peraltro non estranea al nostro substrato culturale, trovando eco nel panorama giuridico italiano sulla scia delle determinazioni già raggiunte dalla dottrina e dalla Corte Costituzionale (sent. 3-2-1994 n. 19) molti anni prima della recente riforma in tema di sovra indebitamento. Tale è la via dell'inesigibilità figura diversa rispetto all'impossibilità della prestazione, cui può equipararsi solo sul piano effettuale. «Inesigibile è propriamente una prestazione oggetto di obbligazione (e quindi possibile), il cui adempimento non può, nel momento

Ciò che, però, esclude la ricorrenza della logica risarcitoria, sia nel primo sia nel secondo caso, è proprio l'assenza di un danno in senso proprio, inteso come dato materiale di modificazione in senso peggiorativo della sfera del danneggiato, il quale solo pone un problema di imputazione (risolto dall'inadempimento nella responsabilità *ex* art. 1218 c.c. e dai criteri del dolo e della colpa nell'art. 2043 c.c.) e di causalità (di cui all'art. 1223 c.c.)⁵⁴. Gli artt. 1282 e 1283 c.c., dunque, integrano nient'altro che un criterio di contenimento della misura restitutoria e sono funzionalmente subordinati alla con-

considerato, essere preteso dal creditore o perché il termine non è ancora scaduto (art. 1185 comma 1) o perché concorrono certe circostanze che attribuiscono al debitore un'eccezione dilatoria (per esempio art. 1460 c.c.)». Così L. Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale* (dir. vig.), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, 1089 s., ora in *Scritti*, a cura di A. Antonio - C. Castronovo - A. Nicolussi, II, Milano, 2011, 299, il quale opera una distinzione tra inesigibilità e in eseguibilità, termini a volte impropriamente sovrapposti pur rappresentando l'uno il rovescio concettuale dell'altro. Al contrario dell'inesigibilità, che integra un'ipotesi di impossibilità soggettiva, l'ineseguibilità va identificata con il concetto di impossibilità relativa che si ha ogni qualvolta «sopraggiunga un impedimento che determina l'insufficienza del comportamento strumentale promesso dal debitore» di modo tale che il risultato atteso dal creditore diventa «irraggiungibile (temporaneamente o definitivamente) con i mezzi dedotti in obbligazione, mentre si qualifica non dovuto in rapporto ai mezzi con cui potrebbe essere attuato, ma al cui impiego il debitore, secondo la legge del contratto, non è obbligato». La stessa dottrina aveva individuato quale congegno tecnico utile ad una simile manipolazione la clausola generale di buona fede, declinata dall'art. 1175 c.c., in uno con l'istituto dell'abuso del diritto cui da sempre parzialmente si sovrappone, soprattutto in ambito contrattuale. Sul punto *cf.* F. Piraino, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 1/2013, 75 s., il quale così esordisce in apertura di saggio: «Le conclusioni della tesi che qui si propone possono essere così sintetizzate: il divieto di abuso del diritto non costituisce un'autonoma clausola generale; il suo fondamento non è di ordine logico; la sua natura è quella di struttura dogmatica deputata a concretizzare la buona fede in funzione valutativa e, dunque, il divieto esprime una delle finalità della buona fede in senso oggettivo; il suo contenuto va rinvenuto in una riduzione in chiave teleologica della disposizione normativa in presenza di un atto di esercizio della situazione soggettiva dalla stessa attribuito che esibisce un livello di giustizia e di meritevolezza inferiore rispetto a quanto dalla stessa disposizione normativa è possibile ricavare; il divieto di abuso si colloca quindi su di un piano della valutazione giuridica diverso e ulteriore rispetto a quello designato con il termine «liceità»; per esigenze persuasive la rappresentazione del divieto è affidata all'idea dello sviamento dall'interesse protetto realizzato dall'atto di esercizio che fa segnare il disallineamento della liceità dalla legittimità e impone, dunque, un intervento correttivo nella direzione del secondo corno della diade». Ebbene, se normalmente la funzione propria della buona fede è quella di determinare il contenuto dell'obbligazione, ossia di individuare i mezzi e le modalità con cui il debitore è obbligato a procurare il risultato promesso (in

creta determinazione del *quantum* dell'indennità da vantaggio di liquidità monetaria dovuta al creditore.

Di conseguenza, più in generale, mentre l'inadempimento o il ritardo di per sé non vanno confusi con il danno (ben potendo esserci un inadempimento o un ritardo non dannosi) e, dunque, abbisognano di una forma di tutela semplicemente restitutiva, l'inadempimento o il ritardo in occasione dei quali si generi un peggioramento della sfera giuridica del creditore reclamano una tutela di tipo risarcitorio per compensare i danni conseguenza.

questo distinguendosi dalla diligenza che, secondo questa dottrina, è regola di responsabilità: *cfr.* L. Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., 1089), in via indiretta essa può tradursi in una ragione liberatoria: qualora si verifichi un conflitto tra l'interesse del creditore all'adempimento e un interesse del debitore al quale, nel sistema degli interessi protetti dall'ordinamento, inerisce un giudizio di valore superiore, il vincolo obbligatorio ben può subire una compressione tale da relegarlo nel limbo dell'inesigibilità. L. Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., 1089, riporta i casi di scuola rappresentati dalla cantante che non esegue la prestazione canora promessa per prestare assistenza al figlio infermo o, ancora, dell'obligato che non adempie la prestazione lavorativa perché colpito da un grave lutto familiare o, infine, del conduttore che non restituisce l'appartamento locato perché costretto a letto da una grave malattia. Lo stesso A. nel discostarsi da quanti hanno rintracciato un nucleo concettuale comune tra la figura dell'inesigibilità e quella degli impedimenti oggettivi dell'obbligazione, ne riconosce l'applicabilità anche alle obbligazioni pecuniarie, dove non è ipotizzabile l'impossibilità. Certo è che la teoria dell'inesigibilità dell'obbligazione pecuniaria, come pensata nella sua primigenia e più compiuta elaborazione, necessita di alcuni adattamenti per potersi piegare alle esigenze dogmatiche sollevate dalla disciplina del sovraindebitamento. Eppure non sembra un caso il fatto che, con particolare riferimento alle obbligazioni pecuniarie, sia stata rintracciata l'opportunità di rendere inesigibile la prestazione dedotta in obbligazione «in ragione non solo di preminenti interessi non patrimoniali inerenti la persona del debitore, ma anche di un *pericolo imprevedibile di danno grave ai suoi beni* (corsivo aggiunto), in particolare alla produttività della sua azienda, l'interesse alla cui conservazione è protetto dall'art. 41 cost.» (così L. Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., 1090).

⁵⁴ *Cfr.* R. Scognamiglio, *Appunti sulla nozione di danno*, estratto da Studi in onore di Giachino Scaduto, Padova, 1969, ora in *Resp. civ. danno*, Torino, 2010, 219 s., il quale ritiene che l'aver privilegiato un ragionamento sostanzialmente incardinato attorno alla logica della giustizia distributiva ha distratto la dottrina da un'indagine sul danno in senso proprio. Così, da un lato, «si provvede (il riferimento è S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, passim e a P. Forchielli, *Intorno alla responsabilità senza colpa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, 1378 s., n.d.a.) alla costruzione della responsabilità sotto la specie dei principi e presupposti, che stanno a individuare la persona del responsabile, in un conflitto d'opinioni, in cui ben presto l'argomento principale è costituito dal peso maggiore o minore da attribuirsi al fattore della colpa, di fronte ad altri – quelli del rischio, del pericolo – che in talune ipotesi sembrano meglio rispondere alle esigenze e soddisfare alle aspirazioni di protezione e solidarietà della società contemporanea»; dall'altro lato, «l'altro elemento pur essenziale del danno sembra destinato a restare nell'ombra, né appare meritevole di particolare indagine alla luce dei sistemi giuridici moderni – almeno di quelli derivanti dal codice francese, e tuttora quello italiano –,

A una simile costruzione potrebbe obiettarsi che, così argomentando, *mutatis mutandis* il danno senza l'inadempimento della prestazione dovrebbe atteggiarsi a danno aquiliano, mancando il requisito dell'imputabilità come declinato dall'art. 1218 c.c. Un simile esito, da cui rifuggire decisamente nella misura in cui segna un arretramento della tutela ormai riconosciuta al creditore, demolendo la dottrina degli obblighi di protezione⁵⁵, può essere scongiurato dando preferenza al dato teleologico piuttosto che a quello letterale per estendere la portata dell'art. 1218 c.c., letto in combinato disposto con gli artt. 1173, 1174 e 1775 c.c., alla violazione degli obblighi di prestazione, con la differenza che in questo caso, vertendosi sempre in tema di danni conseguenza (e, quindi, di danni in senso proprio), il rimedio sarà necessariamente ed in via esclusiva di tipo risarcitorio. Resta, però, irrisolto il problema della individuazione del limite della responsabilità derivante da violazione di obblighi di protezione, posto che il concetto di sopravvenuta impossibilità, oggettiva e relativa, mal si presta ad adattarsi ad una fattispecie che fa

che al culmine di un processo storico di estensione della figura – in cui si consumano alcuni caratteri e connotati legati all'origine penalistica del danneggiamento – ne propongono una nozione lata ed indifferenziata così da comprendere ogni sorta di pregiudizio». L'A. suggerisce che la ragione di un simile squilibrio risiede nel diverso atteggiarsi della dottrina moderna che, in effetti, pare spesso influenzare se stessa. Così, nell'approcciare il tema del danno, abbandonata l'ormai desueta *Differenztheorie* – il cui punto debole risiede «nella pretesa di definire un fenomeno reale, concreto, qual è il danno, nei termini di un'entità astratta e preconcepita qual è invece il patrimonio» –, si è passati ad un'adesione largamente condivisa per non dire pressoché unanime dell'idea di un danno come alterazione o pregiudizio di un interesse (l'A. cita a titolo esemplificativo F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 12 e F. Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, 33). «La ragione di fondo, adottata in tal senso, è che il danno non tanto sta nella soppressione di un bene quanto nella sua diminuita o perduta idoneità a soddisfare i bisogni del lesore». A tale ricostruzione l'A. obietta che «la nozione di interesse e della sua lesione, che pure si ispira alla corretta visuale del danno come evento concreto e soggettivo, non sembra offrire ad un esame più approfondito, la base ed elementi idonei per una definizione più rigorosa». Ad un'attenta analisi, infatti, il danno consiste «nell'abolizione o alterazione di un bene-interesse che coincide a sua volta per lo più con una violazione del potere del soggetto (sul bene stesso) ed implica per il suo caratteristico contenuto, al di là della reintegrazione (del diritto) e così anche ove questa non sia possibile o non sia sufficiente, l'attribuzione di una pretesa risarcitoria (in un lato senso succedanea del bene colpito)».

⁵⁵ Cfr. Cass. 20-12-2011, n. 27648, in *Europa dir. priv.*, 4/2012, 1227 s., con nota di C. Castronovo, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*.

perno non già attorno all'idea dell'adempimento di una prestazione ma a quella diversa della violazione di un obbligo.

In ultima analisi, quindi, la portata dell'art. 1224, secondo comma, c.c. va riferita ai soli danni da svalutazione monetaria che, però, non integrano un danno in senso proprio e, dunque, si prestano al pari degli interessi moratori a rimanere confinati all'interno della logica restitutoria. Diversamente, in caso di danni conseguenza (siano essi danni ulteriori rispetto alla prestazione o danni occasionati dall'inadempimento) la norma a cui fare riferimento sarà pur sempre l'art. 1218 ma letto in combinato disposto con gli art. 1223 e 1225 c.c.: la seconda in funzione di criterio di imputazione (in quanto i danni diversi dal mero adempimento sono da ritenersi imputabili al debitore nella misura in cui siano prevedibili, laddove la prevedibilità è indice della rilevanza degli interessi lesi già sul piano dell'obbligazione), la prima in funzione di criterio regolatore generale delle concause, tanto naturali quanto giuridiche.

Ecco un caso in cui si dimostra esatta l'osservazione *il linguaggio mal si presta ad essere asservito al diritto, divenendone più facilmente il padrone*⁵⁶; ispirato da logiche apprezzabilissime, umilmente consapevole dei propri limiti, nel tentare di introdurre una miglioria alla tecnica di quantificazione dell'indennità da vantaggio di liquidità monetaria, l'ultimo codificatore con due parole ha letteralmente creato un *empasse* di tipo sistematico.

Ma proprio l'assurdo esito di tale situazione ed una predilezione per la sintesi tra i criteri interpretativi teleologico, storico e sistematico lascia propendere per la prima delle ricostruzioni sopra tratteggiate, quella che vede negli interessi moratori una forma di restituzione. La similarità con il rimedio restitutorio dell'ingiustificato arricchimento sembra, poi, trovare conferma nella natura meramente residuale della liquidazione quantificata in base ai soli interessi moratori. La giurisprudenza di legittimità, infatti, tutte le volte in cui si è trovata a confrontarsi con fattispecie che reclamavano la concorrenza di una pluralità di poste di danno – tra le quali il danno da svalutazione monetaria e il maggior danno – ha affermato il principio in forza del quale il «danno» presunto costituito dagli interessi moratori rimane assorbito nella maggior somma a diverso titolo dovuta⁵⁷.

⁵⁶ P. Rescigno, *Sul diritto e sul linguaggio: tre considerazioni*, *Giur. it.*, XLII, 1997, 1099 s.

⁵⁷ *Cfr.* Cass. 11-3-1986, n. 1647, in *Mass. Giur. it.*, che, in materia di ritardato pagamento dell'indennità di espropriazione, ha così statuito: «quando il danno ulteriore viene liquidato sotto forma di rivalutazione monetaria (che costituisce una delle tecniche applicative del 2°

Tirando le fila del discorso, può, dunque, affermarsi che la costituzione in mora assolve alla triplice funzione di interrompere la prescrizione, operare una nuova spartizione del rischio e fondare il diritto del creditore ad agire per il risarcimento dell'eventuale danno da ritardo subito ed è, a quest'ultimo proposito sempre necessaria⁵⁸, anche nei casi mora automatica⁵⁹. In questo senso, dunque, gli interessi moratori non costituiscono una forma di risarcimento del danno ma una tecnica rimediale di tipo restitutorio, una mera indennità per il mancato godimento dei frutti, quantificabile *a forfait* e rivendicabile nei limiti in cui la *res* oggetto dell'obbligazione del debitore sia fruttifera (restando, pertanto esclusi i debiti di valore, almeno fino al momento

comma dell'art. 1224 c.c.) al danno presunto costituito dagli interessi legali si sostituisce la rivalutazione quale espressione totale del danno in concreto, idoneo a coprire l'intera area dei danni subiti dal creditore fino al momento della liquidazione». La Corte ha poi ritenuto che gli ulteriori interessi sulla somma rivalutata debbano essere riferiti al debito già liquidato (cioè quale risulta al momento della liquidazione) e la loro decorrenza non potrà essere anteriore a detta liquidazione al fine di evitare una duplicazione nel risarcimento, conseguendo un vantaggio maggiore rispetto a quello che avrebbe ottenuto se il debito fosse stato pagato al momento della scadenza. Diverso trattamento è stato riservato ai soli debiti di valore, rispetto ai quali è stato riconosciuto il cumulo automatico tra interessi e rivalutazione monetaria.

⁵⁸ Cfr. G. Visintini, *Inadempimento e mora del debitore, artt. 1218-1222 c.c.*, in *Il codice civile commentato*, (fondato da) P. Schlesinger, 479 s. e in particolare 483 e 484, la quale ritiene non necessaria la costituzione in mora solo nel caso in cui fondamento dell'azione di risarcimento sia l'inadempimento definitivo. Ciò che sembra trovare conferma nel prevalente orientamento giurisprudenziale, mal rappresentato dalle massime. «Infatti una lettura corretta delle sentenze porta a dire che in realtà la costituzione in mora non è pretesa dai giudici quando il creditore fa valere, ai fini della risoluzione, la definitività dell'inesecuzione della prestazione tardiva, mentre è pretesa quando questi allega il ritardo alla base della richiesta di risoluzione o chiede una sentenza di condanna all'adempimento oltre al risarcimento dei danni da ritardo, nel presupposto che l'inadempimento sia provvisorio». Cfr. anche Cass. 31-3-1969, n. 1050, *Mon Trib.*, 1969, 553.

⁵⁹ Appare allora corretta la distinzione tra il ritardo in senso naturalistico, relegato nel limbo delle situazioni di fatto produttive di effetti giuridici, e la mora come fattispecie, rispetto alla quale il ritardo si pone in rapporto di presupposto implicito. Cfr. A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 135; D. Rubino, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, 56. Ma v. anche A. C. Pelosi, «Mora debendi» e risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento, estratto dalla *Giur. it.*, 1964, I, sez. I, spec. 12, il quale in senso critico, nel richiamare un'espressione di Ross, *Tå-Tå*, in *Scandinavian studies in law*, 1957, 149, ritiene che «la «mora» (...) è una di quelle espressioni prive di «semantic reference» che di per sé non significano nulla, ma rappresentano utili strumenti di tecnica legislativa per semplificare la redazione delle norme».

della loro conversione giudiziale). Al contrario, il danno da ritardo, inteso come danno emergente e lucro cessante, sarà risarcibile tanto nei debiti di valore quanto nei debiti di valuta, a patto che il creditore lo provi, sia nell'*an* sia nel *quantum*, e sempre che non si sia già attivato per ottenere la tutela meramente residuale ma (per c.d.) più accessibile rappresentata dagli interessi moratori.

4.- A questo punto occorre domandarsi se il divieto di anatocismo declinato dall'art. 1283 c.c. rappresenti una deroga al principio di naturale e automatica fruttuosità del denaro – o di non oziosità, per dirla con le parole di Vittorio Polacco⁶⁰ – ovvero costituisca nulla più che un correttivo o, meglio, una variabile fissa da applicare nella quantificazione forfettaria del vantaggio da liquidità monetaria.

Il testo dell'articolo in esame, inserito nella sezione I, del Capo VII, Libro IV, del codice civile, pertanto applicabile alle sole obbligazioni pecuniarie, prevede che «In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi».

Dunque, nessun dubbio può residuare in merito alla circostanza che vede negli interessi anatocistici interessi che si producono sopra gli interessi già maturati.

La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di dover precisare che il divieto di anatocismo integra una deroga al principio di naturale fruttuosità del denaro e, in quanto tale, si riferisce all'obbligazione di interessi in generale, a nulla rilevando la distinzione tra corrispettivi, compensativi o moratori⁶¹.

Generalmente la tecnica per la produzione dell'anatocismo con riferimento agli interessi corrispettivi è la c.d. capitalizzazione che consiste nell'assimilare periodicamente gli interessi maturati al capitale, così aumentando in proporzione la capacità fruttifera⁶². L'anatocismo può verificarsi, però, anche in assenza di capitalizzazione, con la differenza che, in tale ulti-

⁶⁰ Cfr. V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 645.

⁶¹ Cfr. Cass., 24-5-1986, n. 3500, in *Mass. Giur. It.*, 1986; Cass. 17-7-2001 n. 9653, in *Corr. giur.*, 2001, 1442; Cass. 13-12-2002, n. 17813, in *Danno e resp.*, 2003, 383

ma ipotesi gli interessi primari rimangono contabilmente separati da quelli secondari⁶³

A dispetto della ricostruzione giurisprudenziale anzidetta, sembra opportuno sottolineare alcune differenziazioni sostanziali che rendono quantomeno opinabile la tesi della Suprema Corte, nella misura in cui, partendo da un dato controverso (il rapporto di specialità tra anatocismo e fruttuosità del denaro) e sotto la spinta di comprensibili esigenze di semplificazione, finisce per appiattare il fenomeno in parola così favorendo equivoci concettuali.

Infatti, né gli interessi corrispettivi integrano l'oggetto di una prestazione diversa da quella principale – e, dunque, è atecnico discorrere di una obbligazione di interessi corrispettivi – né di anatocismo come deroga alla naturale fruttuosità del denaro ha senso parlare nel caso in cui gli interessi primari siano di tipo corrispettivo, poiché in questo caso gli interessi non fuoriescono dal piano obbligatorio delle parti, conservando la qualifica di oggetto mediato del contratto e ricadendo di pieno diritto sotto la disciplina dettata dall'art. 1282 c.c.⁶⁴. Diversamente, nel caso degli interessi moratori, il denaro diviene oggetto mediato di una obbligazione diversa da quella originaria che, pur condividendo dell'obbligazione pecuniaria la natura, ben può presentare (ed, anzi, di fatto presenta) caratteri diversi, tra i quali spicca l'incapacità

⁶² Cfr. M. Di Pietropaolo, *Osservazioni in tema di anatocismo*, in *Nuova giur. comm.*, 2001, I, 101 s., il quale tiene ben distinti i due fenomeni identificando la capitalizzazione come una variante non necessaria dell'anatocismo, consistente nell'assimilazione giuridica tra l'obbligazione degli interessi e quella di capitale. La capitalizzazione, a sua volta, può assurgere a fenomeno di novazione oggettiva, con la conseguente estinzione del precedente rapporto obbligatorio e la costituzione di uno nuovo, così perdendo, l'obbligazione di interessi, quel carattere di accessoria che gli è proprio; ovvero, può tradursi in un fenomeno di mera modifica oggettiva del rapporto. Il divieto di anatocismo si applica solo in tale seconda ipotesi poiché «se l'interesse capitalizzato è maturato su un capitale che al momento della capitalizzazione è improduttivo, non si ha produzione di interessi sugli interessi capitalizzati».

⁶³ Cfr. V. Pandolfini, *La disciplina degli interessi pecuniari*, cit., 124.

⁶⁴ A mente del suddetto articolo: «I [crediti liquidi ed esigibili](#) di somme di denaro producono [interessi](#) di pieno diritto, salvo che la legge o il titolo stabiliscano diversamente. Salvo patto contrario, i crediti per [fitti e pigioni](#) non producono interessi se non dalla [costituzione in mora](#). Se il credito ha per oggetto rimborso di spese fatte per cose da restituire, non decorrono interessi per il periodo di tempo in cui chi ha fatto le spese abbia goduto della cosa senza corrispettivo e senza essere tenuto a render conto del godimento».

temporanea di produrre essa stessa un'ulteriore obbligazione, nei limiti declinati dal successivo art. 1283 c.c.

In altri termini, la fecondità dell'obbligazione pecuniaria è destinata ad esaurirsi con essa, poiché la neonata obbligazione di interessi, oltre ai già menzionati requisiti di fungibilità, omogeneità, proporzionalità, periodicità e accessorialità, ne presenta un altro ossia la *temporanea sterilità* che è *attributo dell'obbligazione* piuttosto che del suo oggetto e che, decorsi i sei mesi, viene meno in due soli casi: la volontà delle parti e la domanda giudiziale.

Né pare di aver svelato null'altro oltre al fatto che il re è nudo: le obbligazioni sono generalmente sterili, con l'unica eccezione di quelle pecuniarie, le quali si pongono, sotto questo profilo, come sotto molti altri, in rapporto di specialità rispetto al modello comune. Fuori dal campo proprio delle obbligazioni pecuniarie, un solo evento può dar luogo alla nascita di una nuova obbligazione, accessoria a quella originaria: il danno. Mentre, infatti, l'inadempimento non determina il sorgere di una nuova obbligazione ma trasforma solo quella originaria – e la successiva nascita dell'obbligazione di interessi deriva dal mutato oggetto della prestazione debitoria – il danno opera da moltiplicatore, obbligando *ex novo* il debitore (o danneggiante) a risarcire le conseguenze pregiudizievoli derivatene. A differenza dell'obbligazione di interessi, però, il cui oggetto è predeterminato dalle parti o dalla legge e che svolge una funzione meramente indennitaria, il risarcimento è esattamente commisurato alla diminuzione occorsa.

Pertanto, posto che solo le obbligazioni pecuniarie inadempite producono l'obbligazione degli interessi moratori, questi saranno da calcolarsi in proporzione al credito insoddisfatto nella sua interezza e, dunque, all'occorrenza (ad. es. nel caso di un contratto di mutuo o di conto corrente) partendo da una base comprensiva tanto della somma capitale da restituire che di quella da pagare come corrispettivo della liquidità. Parallelamente, il divieto di anatocismo dovrà considerarsi applicabile alla sola obbligazione di interessi in senso proprio ossia all'obbligazione di interessi moratori, che nasce liquida ed esigibile e, in potenza, infinitamente auto poietica.

Centrale diviene, dunque, non già il principio di fruttuosità del denaro ma quello di esigibilità della prestazione, poiché l'obbligazione pecuniaria scaduta si moltiplica immediatamente, l'obbligazione degli interessi (moratori) no.

Le ragioni storiche sottese al divieto di anatocismo affondano le radici nel divieto ecclesiastico di usura⁶⁵ e, nella prospettiva tradizionale – quella che vede negli interessi moratori una forma di risarcimento –, rispondono ad esigenze di coerenza sistematica, non tanto o non solo per il principio del *favor debitoris*, o per l'obbligo di forma scritta del tasso ultra-legale, ma in forza del limite contenitivo della prevedibilità dei danni risarcibili di cui all'art. 1225 c.c.⁶⁶

Tale conclusione appare, però, limitativa, nella misura in cui potrebbe facilmente obiettarsi che la conoscibilità degli effetti propri dell'anatocismo deriva dall'essere, lo stesso, un fenomeno di natura meramente contabile⁶⁷ e che l'art. 1225 c.c., lungi dall'esprimere un concetto naturalistico, «rappresenta il pendant dell'aspettativa del creditore» e si compone di una sostanza di matrice squisitamente giuridica, strumentale al mantenimento dell'unitarietà del rapporto obbligatorio con «la successione del risarcimento all'obbligo primario inattuato», prestazioni interconnesse in maniera tanto stretta «da giustificare finanche una deroga al principio della piena riparazione del danno subito dal creditore»⁶⁸.

⁶⁵ G. Montel, voce *Anatocismo*, in *Nuoviss. dig. it.*, I, Torino 1958, 613, lo definisce come uno degli espedienti più raffinati per eludere tale divieto

⁶⁶ In altri termini, si è ritenuto opportuno permettere al debitore di «farsi a priori l'idea dei suoi risultati disastrosi». Così G. C. Messa, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, Milano, 1911, 125

⁶⁷ L'osservazione critica in forza della quale «una somma di denaro mutuata al tasso d'interesse del cinque per cento annuo si raddoppia in vent'anni; se invece gli interessi vengono capitalizzati ciò avviene in soli quattordici anni circa», rafforza più che sminuire tale rilievo. Cfr. D. Sinesio, *Interessi pecuniari fra autonomia e controlli*, Milano, 1989, 53.

⁶⁸ Così F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 657 s., il quale ritiene che, a differenza della responsabilità aquiliana, ove domina indisturbato il nesso di causalità adeguata, la responsabilità contrattuale è assistita da un filtro ulteriore rispetto al nesso di derivazione eziologica, rappresentato dall'art. 1225 c.c. Tale diversificazione, sintomatica dell'impossibilità di una *reductio ad unum* delle due macro-categorie della responsabilità, è ben comprensibile alla luce del fatto che «l'obbligazione risarcitoria mira a soddisfare l'interesse primario del creditore, sebbene nella forma succedanea e necessariamente imperfetta dell'equivalente monetario, così da attribuire all'avente diritto insoddisfatto il valore di scambio del termine finale del suo diritto di credito, quando non più attuabile in natura ovvero non più utile. Al rimedio del risarcimento del danno è, pertanto, estranea la funzione di riduzione in pristino dello status quo ante ed anzi compete un effetto, per così dire, promozionale dell'interesse creditorio, che pertanto giustifica l'esclusione dall'area del danno risarcibile di quelle perdite che, ancor-

Non resta che da chiedersi se e a quali condizioni tale meccanismo risulti applicabile alle obbligazioni diverse da quelle pecuniarie. Al riguardo è interessante notare come la giurisprudenza di merito e di legittimità abbia liberamente interpretato il concetto di liquidità ed esigibilità dei debiti di valore, *in primis* di matrice aquiliana, rispetto ai quali è stato riconosciuto il cumulo automatico tra interessi e rivalutazione monetaria con il correttivo rappresentato dall'applicazione di un metodo di calcolo «in rapporto non al momento della liquidazione della somma equivalente al valore del bene danneggiato (*taxatio*), bensì al valore del bene al momento dell'illecito (*aestimatio*) progressivamente rivalutato, di anno in anno, ovvero sulla base di indici medi di svalutazione»⁶⁹.

Il mancato richiamo ad opera del legislatore sia dell'art. 1283 c.c. sia dell'art. 1225 c.c. si presta ad essere interpretato nel senso che «in ambito aquiliano, almeno in astratto, manca un criterio selettivo dei danni risarcibili ulteriore rispetto al nesso di derivazione eziologica sapientemente ricostruito, però, in termini tali a evitare derive sanzionatorie del sistema di responsabilità extracontrattuale»⁷⁰. Eppure, a tale esito nefasto sembra condurre l'approccio ormai consolidato in sede di giurisprudenza di legittimità⁷¹, che, sul presupposto della natura eccezionale dell'art. 1283 c.c., ne ha previsto l'applicabilità ai debiti di valuta solo fino alla pronuncia giudiziale⁷², all'esito del-

ché eziologicamente connesse all'evento dell'inadempimento, non si configurano come vanificazioni di valori insiti nell'aspettativa del creditore, anche solo nella forma del lucro cessante, o comunque ad essa correlati».

⁶⁹ Così V. Pandolfini, *La disciplina degli interessi pecuniarie*, Padova, 2004, 56.

⁷⁰ Così F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale* cit., 663.

⁷¹ Cfr. Cass. s.u. 17-2-1995, n. 1712, in *Foro it.*, 1995, I, 1470 s., che ha così deciso: «Qualora la liquidazione del danno da fatto illecito extracontrattuale sia effettuata «per equivalente», con riferimento, cioè, al valore del bene perduto dal danneggiato all'epoca del fatto illecito, e tale valore venga poi espresso in termini monetario che tengano conto della svalutazione intervenuta fino alla data della decisione definitiva (...), è dovuto al danneggiato anche il risarcimento del maggior danno che questo provi essergli provocato dal ritardato pagamento della suddetta somma. Tale prova può essere offerta dalla parte e riconosciuta dal giudice mediante criteri presuntivi ed equitativi, quale l'attribuzione degli interessi, ad un tasso stabilito valutando tutte le circostanze obiettive e soggettive del caso; in siffatta ultima ipotesi, gli interessi non possono essere calcolati (dalla data dell'illecito) sulla somma liquidata per il capitale, definitivamente rivalutata, mentre è possibile determinarli con riferimento ai singoli momenti (da stabilirsi in concreto, secondo le circostanze del caso) con riguardo ai quali la somma equivalente al bene perduto si incrementa nominalmente, in base ai prescelti indici di rivalutazione monetaria, ovvero in base ad un indice medio».

⁷² Cfr. Cass. 17-5-1966, n. 1262, in *Banca borsa*, 1967, II, 232; Cass. s.u. 10-10-1992, n. 11065, in *Mass. Giur. it.*, 1992.

la quale, sugli interessi liquidati (calcolati a far data dal momento in cui si è consumato l'illecito fino alla pronuncia giudiziale) possono prodursi interessi ulteriori⁷³.

Delle due l'una: o si ritiene che la responsabilità civile risponda ad una logica di tipo sanzionatorio, perseguita non per il tramite dell'obbligazione risarcitoria ma dell'obbligazione di interessi, la cui nascita viene sostanzialmente retro-datata – circostanza che indurrebbe a riflettere sull'attualità della distinzione tra sentenze dichiarative e costitutive – o si attribuisce al fenomeno dell'anatocismo applicato in campo aquiliano il ruolo di incrementare l'efficacia coercitiva indiretta della pronuncia giudiziale⁷⁴, consentendo all'obbligazione di interessi accessoria a quella principale di moltiplicarsi *ad infinitum*⁷⁵.

Anche nei debiti di valore nascenti da contratto la tecnica utilizzata è la stessa e, non a caso, il momento utile al calcolo della rivalutazione, unitamente a quello degli interessi, coincide con la proposizione della domanda giudiziale o con altro atto idoneo a costituire in mora il debitore, quando l'inadempimento diviene definitivo e la prestazione principale di adempimento si trasforma in quella derivata di risarcimento del danno (appunto) da inadempimento.

Tale metodo di misurazione, dichiaratamente finalizzato ad evitare fenomeni di *overcompensation*, conferma più che smentire la divaricazione teleologica tra interessi e rimedio risarcitorio e, lungi dall'esaurire le difficoltà di inquadramento dogmatico che insidiano la figura degli interessi moratori, ne rivela l'aspetto più fosco, nella misura in cui mostra con chiarezza esemplare come anche uno strumento astrattamente neutro possa trasformarsi in un cavallo di Troia capace di trasfigurare persino il volto di istituti e principi generali dell'ordinamento.

⁷³ Cfr. Cass. 1-3-1990, n. 1983, in *Mass. Giur. it.*, 1990.

⁷⁴ Sul tema si cfr. S. Mazzamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 957 s.

⁷⁵ Decisamente contrario è C. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 94 s.

Ci si riferisce, in particolare, a quella corrente giurisprudenziale che, in maniera a dir poco ardita, identifica gli interessi moratori con il danno da lucro cessante per ritardato pagamento, attribuendo al tasso legale la funzione di mera tecnica liquidatoria, per poi giungere ad autorizzare una deroga giudiziale *in peius*, sfondando persino il limite dell'equità⁷⁶.

Una simile ricostruzione parrebbe credibile solo a patto di ritenere il tempo attribuito essenziale della prestazione che, dunque, se inadempita o adempita in ritardo fonderebbe il diritto del creditore all'integrale risarcimento del danno da inadempimento, inteso come illecito *ex se*⁷⁷. Ma nella prospettiva tradizionale, secondo la quale tale assimilazione tra inadempimento e danno non sussiste ed il risarcimento del danno assolve ad una funzione strettamente compensativa, l'approccio sposato dalla Cassazione appare sin troppo esposto a facili critiche, nella misura in cui ripropone – proprio là dove non dovrebbe – un meccanismo risarcitorio di natura punitiva, dissi-

⁷⁶ Cfr. Cass. 24-3-2003, n. 4242, CED Cass. 2003, che autorizza il giudice a ricorrere a criteri di liquidazione diversi, così operando una quantificazione maggiore rispetto a quella altrimenti ottenibile in base alla tecnica degli interessi «ove ritenga che il danno da ritardo nella singola fattispecie sia maggiore di quello coperto dagli interessi compensativi al tasso legale» ovvero minore, nel caso in cui «ritenga che, sempre nella singola fattispecie, il denaro se immediatamente incassato, avrebbe prodotto una minore utilità rispetto al tasso d'interessi legali» ovvero «adottare contemporaneamente due dei suddetti diversi criteri». Cfr. anche Cass. 5-8-2002, n. 11712, in *Mass. Giur. civ.*, 2002, a mente della quale il danno da ritardo «può essere liquidato anche equitativamente dal giudice o, come si suol dire, con la liquidazione equitativa di detti interessi, ed anche il giudice può effettuare una liquidazione equitativa globale, in un'unica somma, comprendente sia la prestazione c.d. principale, che la rivalutazione monetaria e gli interessi».

⁷⁷ In tal senso L. Nivarra, *I rimedi specifici*, cit., ove si legge che «nella prospettiva del danno contrattuale, l'interesse giuridicamente protetto (il diritto di credito) torna ad essere l'immediato referente dell'illecito, al punto tale che qui ben può dirsi che l'ingiustizia del danno sia *in re ipsa*. In altri termini, ai fini della formulazione del giudizio di responsabilità, non sarà necessario in alcun modo verificare preliminarmente e strumentalmente che il danno – perdita patrimoniale si ricolleggi alla lesione di un interesse giuridicamente protetto (ossia, ad un danno ingiusto), perché questo passaggio è assorbito dalla strutturale illiceità dell'inadempimento il quale è, né potrebbe essere altrimenti, immediata lesione del diritto di credito. Certo, un siffatto modo di atteggiarsi dell'ingiustizia del danno è solo un altro modo di declinare, dall'interno dell'obbligazione, l'impianto relazionale del vincolo, riproponendo così, in definitiva, la distinzione fondata sull'esserci, o sul non esserci, di un rapporto preesistente. Tuttavia, il mutamento di prospettiva rende più agevole cogliere una spiccata torsione in senso satisfattivo della misura compensativa, allorché essa venga programmaticamente asservita alla tutela di una specifica situazione di vantaggio: e ciò perché, nell'ipotesi in esame, l'obiettivo fondamentale del risarcimento del danno è quello di procurare al creditore, sia pure per equivalente, la stessa utilità che gli sarebbe pervenuta per il tramite della prestazione originaria».

mulato sotto le mentite spoglie degli interessi compensativi, e autorizza una deroga alle normali regole probatorie tanto vistosa e inopportuna da tradursi nell'ennesimo richiamo all'equità. Il presunto rimedio risarcitorio, che del ragionamento della Cassazione costituiva il punto di partenza, ne risulta stravolto.

Stando così le cose, due vie si offrono all'interprete: o ritenere incompatibili con il meccanismo proprio degli interessi i debiti di valore – i quali, dunque, una volta inadempiti fonderanno il diritto al risarcimento del solo equivalente monetario della prestazione come ricavato dal giudice al momento della liquidazione, salva sempre la prova dell'esistenza di uno specifico danno da ritardo o di un danno ulteriore – o disarticolare l'automatismo che lega obbligazioni pecuniarie e interessi, di modo tale che anche la costituzione in mora del debitore di una obbligazione di valore non ancora «monetizzata» sia riconosciuta quale atto idoneo a produrre interessi. In tale ultima ipotesi, però, la concreta determinazione degli interessi non potrà che seguire regole squisitamente matematiche, le medesime che si applicano alle obbligazioni originariamente pecuniarie, poiché la discrezionalità (comunque limitata) del giudice deve esaurirsi nella traduzione in termini monetari di una prestazione di per sé avente un valore economico reale, operata facendo riferimento al tempo della cristallizzazione dell'inadempimento, a cui saranno da applicare rigorosamente i tassi d'interesse legale.

Invero, diverse considerazioni sembrerebbero ostare all'accoglimento di tale ultima soluzione: prima tra tutte la possibilità, astrattamente riconosciuta dall'ordinamento al debitore, di adempiere tardivamente; poi la compatibilità tra un simile assetto e il principio di etero realizzazione che ispira l'intera disciplina delle obbligazioni; ancora, la deroga (in questo caso evidente) alla suddivisione dei beni giuridici in fruttiferi e non fruttiferi, e al principio giurisprudenziale in base al quale solo dal momento della liquidazione (giudiziale) il debito di valore si converte in debito di valuta⁷⁸; infine, la dubbia op-

⁷⁸ Cfr. Cass. 22-5-1980, n. 3381, in *Mass. Giur. it.*, 1981, secondo la quale solo in tale momento «viene accertata definitivamente l'entità della lesione patrimoniale subita dal danneggiato operandosene la reintegrazione, in seguito della quale il debito di risarcimento si concreta nel dovere di corrispondere una data quantità di moneta ed acquista, quindi, natura di obbligazione pecuniaria, avendo ormai ad oggetto una data somma di denaro». E, di conseguen-

portunità di consentire alle parti di un rapporto obbligatorio l'introduzione postuma di una sorta di penale.

A prescindere da qualsiasi ulteriore considerazione in merito all'auspicabilità di una simile strumentalizzazione, ciò che qui si vuole sottolineare è come l'identità strutturale e funzionale dell'obbligazione di interessi – che non muta a seconda che sia nata da un'obbligazione contrattuale o da un'obbligazione risarcitoria da illecito aquiliano – implichi la sua perdurante sterilità, nei limiti espressi dall'art. 1283 c.c., che trova applicazione sempre, a prescindere dalla natura (contrattuale o extra-contrattuale) dell'«illecito».

Così, la ratio del divieto di anatocismo, «vocabolo che deriva dal greco ($\alpha\nu\acute{\alpha}$ = sopra, $\tau\acute{o}\kappa\omicron\varsigma$ = frutto, interesse) e significa gli interessi che vengono prodotti dagli interessi di un capitale», non va ricercata molto lontano ma risiede semplicemente in «un certo amore alla *elegantia iuris*, con la quale pareva incompatibile il lasciare che una accessione, quale sono gli interessi, ne partorisce un'altra: *accessio accessionis non datur*»⁷⁹. Ciò che risulta perfettamente in linea con la tensione alla giustizia sostanziale che permea tutta l'area di intersezione tra diritto e mercato.

5.- La vicenda dell'anatocismo bancario, interessando gli interessi corrispettivi, merita un discorso a se stante, non solo perché è stata oggetto di un ricco dibattito giurisprudenziale, ma perché si colloca nel centro di un crocevia, interessando sia il problema già visto del rapporto tra gli articoli 1283 e 1224 c.c. – nel senso già detto per cui applicando il divieto di anatocismo agli interessi corrispettivi si finisce per derogare al principio di naturale fruttuosità del denaro, privando l'aspettativa del creditore di un'adeguata tutela – sia il più ampio problema dei rapporti tra potere politico e classe giurisdicente – nella misura in cui proprio sul campo dell'anatocismo bancario giudici e

za, dopo tale conversione e solo in caso di mora nasce il diritto del creditore a vedersi corrispondere oltre alla somma capitale anche gli interessi su questa maturati.

⁷⁹ Così V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 659-661, il quale, riportando Cicerone, ricorda «che primieramente dai pretori fu l'anatocismo ridotto ad un anno (*anatocismus anniversarius*), non permettendo in altre parole che si potessero pretendere interessi sugli interessi prima che ne fosse compiuta un'intera annualità; che poi anche questo fu vietato. Divieto ribadito da Giustiniano, che lo rafforzò cercando di togliere ogni via per eluderlo, oltre al mantenere la grave sanzione dell'infamia, già comminata dagli imperatori Diocleziano e Massimiliano».

legislatore si sono dati battaglia e niente lascia pensare che si sia almeno prossimi ad una soluzione definitiva.

Il tema non può prescindere da una ricostruzione, pur se per sommi capi, delle decisioni maggiormente significative in materia, a partire dal ben noto *revirement* del 1999, anno in cui la Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle clausole bancarie di capitalizzazione periodica degli interessi, con quattro sentenze ne dichiara la nullità, allo stesso modo dequalificando gli usi bancari a usi non normativi e individuando nel contratto di conto corrente bancario un contratto unitario di durata⁸⁰. La portata storica di tale presa di posizione è stata notevole, stante il carattere retroattivo del diritto vivente che ha legittimato una pioggia di azioni promosse dai clienti delle banche italiane per ottenere la restituzione di quanto indebitamente pagato⁸¹.

Secondo la Suprema Corte, la prassi bancaria della capitalizzazione trimestrale degli interessi non trova conforto in alcun uso normativo preesistente al codice civile del 1942, essendo stata introdotta dalle Norme Bancarie Uniformi redatte dall'A.B.I. nel 1952 che, a loro volta, risultano da sole inidonee ad offrire alcuna prova circa la rispondenza ad usi locali antecedenti di natura normativa, tanto più che «la presunzione derivante dall'inserimento nelle raccolte delle Camere di commercio, di cui all'art. 9 disp. prel. c.c. riguarda l'esistenza dell'uso e non anche la natura, normativa o negoziale»⁸².

⁸⁰ Cfr. Cass. 16-3-1999, n. 2374, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1301; Cass. 30-3-1999, n. 3096, in *Corr. giur.*, 1999, 561 s.; Cass. 17-4-1999, n. 3845, in *Banca borsa*, 2000, II, 257 s.; Cass. 11-11-1999, n. 12507, in *Foro it.*, 2000, I, 451 s.

⁸¹ Critico in tal senso N. Salanitro, *Interessi bancari anatocistici*, in *Banca borsa*, Supplemento al n. 4, 2004, 4 s., il quale invita a riflettere «sulla correttezza della formula con cui si attribuisce agli orientamenti giurisprudenziali costanti e generalizzati la qualifica di «diritto vivente», in quanto questo è per sua natura un diritto instabile, vuoi perché non formalmente vincolante per i giudici, vuoi perché sostituibile da un altro e magari esattamente contrario nuovo «diritto vivente», con efficacia addirittura retroattiva». L'A., con intuizione profetica ma clamorosamente smentita dai successivi avvenimenti, ritiene che gli effetti prodotti dalla decisione a Sezioni Unite del 2004, sostanzialmente conforme a quella del '99, «non si sarebbero prodotti (...) neppure con una modificazione legislativa della disciplina degli interessi bancari, perché questa non avrebbe verosimilmente avuto una portata retroattiva».

Né può riconoscersi alcuna capacità derogatrice agli usi normativi nati successivamente al 1942, poiché ciò equivarrebbe a legittimare usi o consuetudini *contra legem*, in spregio della gerarchia delle fonti come delineata, nella specie, dall'art. 8, co. 1, disp. prel. c.c.⁸³, ammettendo che l'art. 1283 c.c. «reca già in sé i germi della propria neutralizzazione»⁸⁴ con conseguente autorizzazione generalizzata dell'anatocismo, anche in materie diverse da quella bancaria.

Inoltre, con specifico riguardo all'anatocismo bancario, dell'uso normativo manca l'elemento soggettivo ossia il convincimento da parte del cliente della giuridica doverosità della prassi bancaria. Ma la realtà dimostra come nei contratti oggi noti come *B2C*, quale quello concluso dalla banca con il cliente, a fare la differenza è soprattutto l'asimmetria di potere contrattuale tra le parti che induce l'una (il cliente) a sottoscrivere un contratto pressoché interamente predisposto dall'altra (la banca). Di conseguenza, le norme bancarie uniformi, lungi dal rappresentare un uso normativo, hanno natura meramente pattizia, «nel senso che si tratta di proposte di condizioni generali di

⁸² Così Cass. 16-3-1999, n. 2374, cit., 1301. Pur se da alcuni ipotizzato, neppure la circolare della Confederazione fascista delle Banche del 1929 prova l'esistenza di un uso normativo di capitalizzazione trimestrale degli interessi, integrando «soltanto una proposta elaborata da parte di un organismo rappresentativo di categoria ai propri aderenti di applicazione di condizioni contrattuali uniformi» imposte secondo un meccanismo non dissimile da quello odierno. Così B. Inzitari, *Diversa funzione della chiusura nel conto corrente ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto*, in *Banca borsa*, 2003, II, 466.

⁸³ Cfr. B. Inzitari, *Il mutuo con riguardo al tasso «soglia» della disciplina antiusura e al divieto di anatocismo*, in *Banca borsa*, 1999, I, 257 s., spec. 279 ove si legge che la natura imperativa dell'art. 1283 c.c. ne sancisce l'inderogabilità ad opera degli usi contrari. «Non si vede quindi in quale modo, in quale forma, secondo quale legittimità possa venire a formarsi una valida consuetudine che, paradossalmente, avrebbe il suo fondamento nella sistematica violazione della norma e di principi inderogabilmente e imperativamente stabiliti dal legislatore». Nello stesso senso Cass. 20-2-2003, n. 2593, in *Contratti*, 2003, 545 s., che sottolinea come pur se «l'uso contrario, se richiamato dalle norme di legge, non è *contra legem* ma *secundum legem*, ma è anche vero che l'uso formatosi contro la legge esistente, in quanto frutto di patti posti in essere contro il divieto in essi contenuto, non può mai divenire *secundum legem*»; Trib. Milano, 4-7-2002, in *Banca borsa*, 2003, II, 452, che esclude in radice «la possibilità che successivamente al 1942 possano essersi validamente formati usi di capitalizzazione trimestrale degli interessi, in quanto all'atto stesso della loro formazione le pratiche contrattuali dalle quali essi sarebbero dovuti sorgere sarebbero risultate anche inesorabilmente invalide perché *contra legem*».

⁸⁴ Così Trib. Monza, 7-5-2002, in *Corr. giur.*, 2003, 879, che così conclude: «al di là del fatto che sarebbe ulteriormente da chiedersi e stabilire quando la reiterata violazione di una norma imperativa diviene un «uso contrario» (e cioè quando si assisterebbe alla magica trasfigurazione della previsione pattizia che viola una norma di legge in legge essa medesima), non pare proprio che nella generica clausola contenuta nell'art. 1283 c.c. possa ravvisarsi una così singolare forzatura dei principi generali che reggono le fonti del diritto».

contratto indirizzate dall'associazione alle banche associate» che assumono rilevanza in quanto espressamente richiamate nel singolo contratto, secondo il disposto degli artt. 1341 e 1342 c.c., e che vengono percepite dal cliente quali «presupposto indefettibile per accedere ai servizi bancari. Atteggiamento psicologico ben lontano da quella spontanea adesione ad un precetto giuridico in cui, sostanzialmente, consiste l'*opinio iuris ac necessitatis*»⁸⁵.

A seguito di tale rivoluzionaria pronuncia e della già menzionata sommosa collettiva dei clienti, immediata è stata la risposta legislativa: il d.lgs. 4 agosto 1999 n. 342, rubricato «Modifiche al d.lgs. 1.9.1993 n. 385, recante il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia», emanato in forza di delega recuperata *ad hoc* dalla legge comunitaria 24.4.1998 n. 128, ha introdotto nel Tub, all'art. 120, un secondo comma, delegando il C.I.C.R. (Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio) a stabilire modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria. La delibera C.I.C.R. del 9 febbraio 2000 ha autorizzato la produzione di interessi anatocistici limitatamente ai rapporti di conto corrente, alle operazioni di raccolta e quelle di finanziamento con piano di rimborso rateale, sempre che tra banca e cliente intercorra apposita pattuizione e che la medesima periodicità caratterizzi tanto gli interessi passivi quanto gli interessi attivi⁸⁶.

Salva sempre la ricorrenza di tali presupposti, dunque, la produzione di interessi sugli interessi in materia bancaria e creditizia non soggiace più ai limiti di cui all'art. 1283 c.c. ed, anzi, proprio la fonte dell'obbligo di corri-

⁸⁵ Così Cass. 30-3-1999, n. 3096, cit., 561. *Contra* Trib. Firenze, 8-1-2001, in *Foro it.*, 2001, I, 2362, che sottolinea come «ritenendo presupposto essenziale della consuetudine l'*opinio iuris ac necessitatis* si dovrebbe ritenere che la consuetudine è sempre originata dall'errore circa l'esistenza di un precetto giuridico, in realtà inesistente al momento in cui vengono posti in essere i primi comportamenti. In realtà, in determinate situazioni per aversi uso normativo è da ritenere sufficiente il convincimento delle parti di porre in essere comportamenti conformi ai precetti dell'ordinamento giuridico e quindi giuridicamente consentiti».

⁸⁶ Al di fuori di quest'ambito, la riproduzione pressoché testuale dell'art. 1283 c.c. da parte dell'art. 5 della deliberazione C.I.C.R. con la sola evidente esclusione dell'incipit «In mancanza di usi contrari», viene intesa da parte della dottrina come abrogativa di tale ipotesi «salvifica» in materia bancaria e creditizia. *Cfr.* A. Nigro, *L'anatocismo nei rapporti bancari: una «storia infinita»?», in Dir. Banc. e Merc. Finanz.*, 2001, 274 s.

spondere gli interessi anatocistici (ossia l'autonomia privata) li include *ab origine* all'interno del piano obbligatorio rendendoli parte integrante del corrispettivo dovuto alla banca⁸⁷. Si assottiglia, in tal modo, la differenza da sempre ritenuta insuperabile tra conto corrente ordinario e conto corrente bancario.

In ogni caso, dopo l'emanazione della delibera C.I.C.R., la questione relativa agli interessi sugli interessi nei conti correnti bancari sembrava risolta una volta per tutte.

In questo caso, però, si è dimostrato vero in senso letterale il detto «fatta la legge, trovato l'inganno». La Corte costituzionale con sentenza n. 425 del 17 ottobre 2000 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 176 Cost., della norma transitoria di cui all'art. 25, 3 co., d. lgs. n. 342 del 1999, rilevando un eccesso di delega nella retroattività legislativamente imposta alla disciplina⁸⁸.

In effetti, l'azzardo del legislatore era stato evidente nella misura in cui non solo aveva sanato *de imperio* le clausole autorizzative di interessi anatocistici contenute in contratti stipulati anteriormente alla data in vigore della delibera C.I.C.R. ma aveva anche delegato allo stesso Comitato la predisposizione di tempi e modalità per l'adeguamento dei suddetti contratti. La disciplina dettata a tal proposito dal C.I.C.R. (art. 7 della delibera) appariva, in effetti, frutto di un arbitrario esercizio di potere, prevedendo un generale obbligo di rinegoziazione, «alleggerito» dalla possibilità di una comunicazione al pubblico per il tramite della mera pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale qualora le nuove condizioni contrattuali non comportassero un peggioramento della posizione del cliente.

Nel lasciare insoddisfatti quanti avevano auspicato una presa di posizione netta della Consulta sul tema, la declaratoria di illegittimità ha sostanzialmen-

⁸⁷ C. Garilli, *L'anatocismo nei rapporti bancari alla luce della deliberazione CICR 9 febbraio 2000*, in *Dir. banc.*, 1/2001, 165 s., ritiene che si possa parlare della prestazione tipica a carico del cliente di una banca.

⁸⁸ La Corte ha ritenuto che «per quanto ampiamente possano interpretarsi le finalità di «integrazione e correzione» perseguite dal legislatore delegante, nonché i principi e criteri direttivi posti alla base del testo unico bancario, è certamente da escludersi che la suddetta delega legittimi una disciplina retroattiva e genericamente valicante, sia pure nell'esercizio del potere di armonizzazione di tale testo unico con il resto della normativa di settore». Così Corte Cost., 17-10-2000, n. 425, in *Banca borsa*, 2001, II, 145.

te ripristinato lo *status quo ante*, dando modo a giurisprudenza e dottrina di ribadire la propria netta contrarietà all'anatocismo bancario, pur se limitatamente ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della suddetta delibera⁸⁹.

Così si è affermato che niente giustifica l'applicazione di interessi anatocistici in materia bancaria, essendo le norme bancarie uniformi meri usi negoziali, non assistite dai requisiti consustanziali all'uso normativo, tra i quali si annovera anche la limitazione soggettiva della vincolatività dell'uso ai soli soggetti che lo hanno praticato e quella oggettiva gli atti in relazione ai quali l'uso è stato posto in essere⁹⁰.

D'altronde, di usi normativi si hanno notizie solo dopo l'avvento del codice del 1942 e, in particolare, nella raccolta della provincia di Milano del 1976, all'art. 12, ove è dato leggere che «nel caso di mancato pagamento entro il quinto giorno successivo alla scadenza, anche se festivo, di rate di rimborso di mutui e finanziamenti estinguibili secondo piani di ammortamento, le banche percepiscono gli interessi di mora a decorrere dal giorno di scadenza fino al giorno della valuta del pagamento effettuato», non potendosi configurare quale uso normativo neanche la raccolta di norme della Confederazione generale bancaria fascista del 1929⁹¹.

⁸⁹ Critica sulla posizione assunta dalla Corte S. De Marco, *L'anatocismo bancario. Analisi di una vicenda giurisprudenziale*, Napoli, 2010, 32 s., la quale ritiene che «La Consulta, in effetti, con la sentenza citata, che precedeva quella 341/2007 investente la questione di legittimità del 2° comma del d.lgs. 342/99, riteneva la norma transitoria del 3° comma dell'art. 25 dello stesso decreto legislativo affetta da vizio di incostituzionalità per eccesso di delega. A tale conclusione la Corte è giunta prescindendo da ogni approfondimento sul merito della questione, seppure al limitato fine di un giudizio di compatibilità del decreto delegato con la legge delegante». Cfr. anche A. Riccio, *La capitalizzazione degli interessi nel conflitto fra iurisdiction e legislativo*, in *Contratto impr.*, 2000, 1156 s. e F. Ferro-Luzzi, *Prolegomeni in tema di «validità sopravvenuta» (considerazioni a margine delle modifiche al testo unico bancario in tema di anatocismo)*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 879 s.

⁹⁰ Cfr. Cass. 20-2-2003, n. 2593, in *Contratti*, 2003, 545 s., che in ogni caso precisa «non appare sufficiente l'accertamento di un generico uso al quale ricondurre le varie fattispecie contrattuali, peraltro di natura, a volte, completamente diversa, ma è necessario verificare se, con specifico riferimento al contratto di mutuo stipulato tra un istituto di credito e un privato, esista un uso che deroghi alla disciplina dell'art. 1283 c.c.».

⁹¹ In tal senso Trib. Milano 4-7-2002, in *Banca borsa*, 2003, II, 452 s., che argomentando a

Allo stesso modo si è ritenuta nulla in quanto vessatoria l'eventuale clausola sulla capitalizzazione trimestrale in base alla relativa disciplina allora declinata dagli articoli 1469 *bis* e seguenti del codice civile. In particolare, la giurisprudenza di merito ha rinvenuto il fondamento della vessatorietà dell'anatocismo bancario nella diversità dei termini di chiusura del conto (trimestrale per quelli debitori e annuale per quelli creditori) non negoziati dalle parti, tale da determinare un rilevante squilibrio delle prestazioni a carico delle parti e tanto più grave quanto occultato all'interno di un elemento accessorio del contratto.

6.- Tale lo stato del panorama giuridico al momento dell'ultimo intervento legislativo in materia di anatocismo bancario. L'art. 2, comma 61, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 (c.d. Milleproroghe), convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10 (comma aggiunto dalla legge di conversione) ha nuovamente cambiato le carte in tavola, questa volta tentando di rimuovere il problema dei contratti conclusi prima della delibera C.I.C.R. 2000 muovendo dal regime prescrizione degli stessi. Così, nella suddetta disposizione di legge è dato leggere che «In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'articolo 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione d'importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

La Corte costituzionale⁹², investita della questione di legittimità, si è pronunciata in senso sfavorevole alla riforma normativa, schivando ancora una volta il confronto diretto con la difficile tematica dell'anatocismo bancario per ancorare l'illegittimità della norma al principio di ragionevolezza sotto-

contrario ritiene che «il suggerimento da parte della Confederazione delle Banche di inserire la capitalizzazione quale specifica pattuizione contrattuale indica, evidentemente, che la stessa capitalizzazione trimestrale non costituiva oggetto di osservanza generalizzata accompagnata dal convincimento della conformità alla legge poiché, se così fosse stato, non vi sarebbe stata alcuna necessità o utilità di inserire tra le condizioni contrattuali praticate dalle banche una pratica già osservata quale uso normativo». *Contra* Trib. Roma 28-3-2001, in *Rivista del dir. comm.*, 2003, II, 383, che fa leva sulla presunzione autorizzata dall'inclusione delle clausole di capitalizzazione trimestrale all'interno di una raccolta ufficiale curata da un ente a ciò autorizzato.

⁹² Cfr. Corte cost. 5-4-2012, n. 78, in www.cortecostituzionale.it.

stante all'istituto dell'interpretazione autentica e, in particolare, agli articoli 3 e 117 co. 1 Cost.

L'art. 2, co. 61, del decreto Milleproroghe, in effetti, nell'auto-qualificarsi come norma di interpretazione manipola l'art. 2935 del codice civile «in assenza di una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo, perché, in materia di decorrenza del termine di prescrizione relativo alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, a parte un indirizzo del tutto minoritario della giurisprudenza di merito, si era ormai formato un orientamento maggioritario in detta giurisprudenza, che aveva trovato riscontro in sede di legittimità ed aveva condotto ad individuare nella chiusura del rapporto contrattuale o nel pagamento solutorio il *dies a quo* per il decorso del suddetto termine. Inoltre, la soluzione fatta propria dal legislatore con la norma denunziata non può sotto alcun profilo essere considerata una possibile variante di senso del testo originario della norma oggetto d'interpretazione» e, di conseguenza, «lungi dall'esprimere una soluzione ermeneutica rientrante tra i significati ascrivibili al citato art. 2935 cod. civ., ad esso nettamente deroga, innovando rispetto al testo previgente, peraltro senza alcuna ragionevole giustificazione»⁹³. Infatti, «l'efficacia retroattiva della deroga finisce per ridurre irragionevolmente l'arco temporale disponibile per l'esercizio dei diritti nascenti dal rapporto stesso, in particolare pregiudicando la posizione giuridica dei correntisti». Ciò che introduce il secondo motivo di illegittimità, fondato sul combinato disposto degli art. 117, co. 1, Cost. e 6 CEDU, nella

⁹³ D'altronde già nel 2011 la Corte aveva avuto modo di affermare che ai fini del giudizio di legittimità di una norma auto-qualificantesi interpretativa, non è decisivo verificare il carattere effettivamente interpretativo ovvero innovativo con efficacia retroattiva della norma, poiché il divieto di retroattività della legge, pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica, non è stato elevato a dignità costituzionale, salva, per la materia penale, la previsione dell'art. 25 Cost. Da ciò ne discende che il legislatore può emanare sia disposizioni di interpretazione autentica, che determinano la portata precettiva della norma interpretata, fissandola in un contenuto plausibilmente già espresso dalla stessa, sia norme innovative con efficacia retroattiva, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti. Il test di ragionevolezza a cui la norma interpretativa soggiace può dirsi positivamente superato quando la norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica si limita ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario. Cfr. Corte Cost., 19-9-2011, n. 257, in www.cortecostituzionale.it.

misura in cui la modifica retroattiva dell'amministrazione della giustizia non risulta giustificata da motivi imperativi di interesse generale.

La Corte non si è poi ulteriormente pronunciata sul secondo periodo dell'art. 2 in base al quale «In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge» ritenendolo automaticamente travolto dalla declaratoria di illegittimità del primo.

La questione richiama alla mente il mai sopito problema dell'interpretazione autentica, a sua volta strettamente vincolato a quello della spartizione dei poteri e delle funzioni tra organi statali pensati per garantire un assetto democratico⁹⁴.

L'istituto dell'interpretazione autentica, se non contenuto all'interno di griglie capaci di domare la forza fagocitatrice del potere politico, rischia di compromettere il delicato equilibrio tra parlamento, magistratura e governo. Nel substrato extra-giuridico si agitano, infatti, forze diverse da quelle componenti il «sistema culturale della società», potenzialmente confliggenti con quelle propriamente sociali. Esse al pari del diritto, sono nate per rispondere ad esigenze proprie dell'uomo ma hanno poi acquisito una propria autonomia, un proprio linguaggio e, non solo sono divenute in grado di autoriprodursi, ma hanno acquisito una prepotenza tale da innescare meccanismi di conservazione dei propri bisogni. Così, la lenta colonizzazione del «mondo della vita» da parte dei meccanismi propri del denaro (o mercato) e del potere (amministrativo) si traduce in un indebolimento della democrazia nella misura in cui la razionalità strumentale che sorregge gli «invasori», priva del medio del consenso comunicativo circa norme e valori, li devia verso una «sordità sistemica di apparati autoregolantesi»⁹⁵.

Ecco allora che il test di ragionevolezza alla cui stregua vagliare la legittimità dell'esegesi legislativa è funzionale al contenimento del potere politico entro i limiti suoi propri e risponde ad esigenze di tipo ordinamentale piuttosto che di giustizia sostanziale. Non a caso arbitro dei conflitti così indivi-

⁹⁴ Cfr. A. Pugiotto, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore. Atti del seminario di Roma del 5 ottobre 2000*, a cura di A. Anzon, Torino, 2001, 64 s.; R. Marone, *Interpretazione autentica e contributi assistenziali dei professionisti. Notazioni su una normativa confusa*, in *Rivista not.*, 1984, 1248 s.

⁹⁵ L. Ceppa, *Postfazione a J. Habermas. Morale, diritto, politica*, Torino, 1992, 154.

duati è la Corte Costituzionale, cui in ultima analisi è demandato vigilare sulla salute dello Stato.

Non è questo il luogo più adeguato per approfondire la tematica dell'interpretazione autentica e delle ulteriori questioni irrisolte che essa sottintende. Basterà, qui, notare come la ragionevolezza si dimostri ancora una volta «terra di nessuno», prestandosi ad essere strumentalizzata per rispondere ad esigenze contingenti, nascendo e morendo secondo i dettami di chi solo può maneggiarla ossia il Giudice⁹⁶.

⁹⁶ Un esempio valga per tutti. Il test di ragionevolezza come pensato e strutturato dalla Corte Costituzionale con la nota sent. n. 352 del 2001 è finalizzato a verificare se un'eventuale differenziazione introdotta da una norma regionale di diritto privato costituisca una lesione costituzionalmente illegittima del principio di uguaglianza, in quanto irragionevole. I livelli di giudizio su cui si deve fondare una simile valutazione sono almeno due. Il primo concerne il rapporto fra l'adattamento regionale del diritto privato comune, realizzato dalla legge sotto scrutinio, e gli interessi oggetto della regolamentazione. L'adattamento, infatti, è da considerarsi intrinsecamente ragionevole quando, da un lato, presenta una forte connessione con una delle materie formalmente assegnate al legislatore regionale, dall'altro, è congruo e adeguato. Realizzando quella che può definirsi un'equilibrata sistemazione degli interessi in gioco, la norma regionale deve quindi perseguire uno scopo apprezzabile con mezzi coerenti, perché ritagliati su misura della finalità da raggiungere. Il secondo livello di giudizio, invece, è volto a fissare la linea di confine oltre la quale una differenziazione *ratione loci* sarebbe comunque intollerabile. «Anche qui viene in gioco un criterio di ragionevolezza, ma declinato in un senso diverso da quello considerato sopra: definiamolo di ragionevolezza estrinseca» (così V. Roppo, *Diritto privato regionale?*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2003, 42). Come ha osservato la migliore dottrina, si tratta di un limite che non solo può comportare l'esclusione della competenza regionale, ma integra anche una condizione per l'intervento del legislatore centrale. Interpretando la riserva allo Stato della materia ordinamento civile come un corollario del principio di uguaglianza, non già l'esercizio da parte delle Regioni della loro potestà normativa dovrebbe apparire in contrasto con tale principio, «ma solo l'irragionevole discostarsi dalla normativa generale stabilita, per la soddisfazione delle esigenze unitarie, in sede statale» (F. Sorrentino, *Considerazioni su riserva di legge, principio di eguaglianza e autonomia regionale nella giurisprudenza costituzionale*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 482). Così, una stessa legge regionale di diritto privato può, da un lato, essere intrinsecamente ragionevole, sotto i profili della connessione competenziale e dell'adeguatezza finalistica e strumentale, dall'altro lato, peccare di irragionevolezza, sotto il profilo della generale esigenza di uniformità territoriale del diritto privato, interferendovi in modo troppo profondo, o in misura troppo ampia, o ancora andando ad insinuarsi in una zona troppo sensibile. Il vero problema è, allora, quello di dare un contenuto concreto a questi «troppo», operazione sostanzialmente rimessa all'interprete. A tal fine, assume una rilevanza primaria l'elaborazione di criteri capaci di rendere l'operato del Giudice delle Leggi razionalmente controlla-

Nel caso dell'interpretazione autentica il parametro della ragionevolezza si identifica con un duplice ordine di necessità: in primo luogo, l'esegesi del legislatore deve trovare riscontro in uno dei possibili significati che la norma racchiude in sé, ciò che denuncia il permanere, nell'argomentazione giuridica, del retaggio proprio del positivismo giuridico⁹⁷; in secondo luogo, essa deve trovare rispondenza in un'esigenza socialmente condivisa. Ciò che, in effetti, definisce la funzione una e bina propria dell'ermeneutica: quella di portare a compimento lo scopo ultimo del diritto, essendo funzionalmente votata alla sua applicazione (tanto se compiuta da un consociato quanto se posta in essere da un soggetto a ciò istituzionalmente chiamato) e quella, ben diversa, di permettere ad un sistema «operativamente chiuso» di essere altresì «cognitivamente aperto»⁹⁸.

Tale apertura cognitiva del sistema è necessaria alla sua stessa sopravvivenza poiché senza di essa il diritto cadrebbe, ancora neonato, nelle braccia

bile, inquadrandolo in una dimensione oggettiva. Su questo terreno la ricostruzione operata dalla sent. n. 352 del 2001 non è del tutto appagante, pur contenendo spunti di interessante riflessione. Siamo ancora ben lontani dalla fissazione di quei parametri che si rendono, oggi, necessari per identificare il «nucleo duro» del diritto privato, che non può pensarsi se non come vigente in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. Una cosa, però, emerge con lampante chiarezza: la diversità, sia dal punto di vista strutturale sia dal punto di vista funzionale, della ragionevolezza così contestualizzata rispetto alla ragionevolezza del test cui vengono sottoposte le leggi di interpretazione autentica. Per un ulteriore e diverso utilizzo della ragionevolezza nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette cfr. F. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 1163 s., ove l'A. afferma che in quest'area, «il sindacato di ragionevolezza mira a stabilire quello che le specifiche circostanze del caso hanno potuto indurre un qualsiasi consumatore a ritenere sulla base di percorsi deduttivi o induttivi usuali», creando «un collegamento coerente con la figura del consumatore medio introdotta nella definizione delle pratiche commerciali scorrette». Il parametro della ragionevolezza diviene, qui, funzionale ad «una valutazione sottoposta al solo controllo di coerenza logica e, pertanto, di carattere generale ma concreto». La ragionevolezza nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette è, dunque, profondamente diversa sia da quella del giudizio di legittimità di una norma di diritto privato regionale sia da quella funzionale al giudizio di legittimità di una norma di interpretazione autentica, nella misura in cui, associata all'aspettativa, oggettivizza l'indagine giudiziale, spersonalizzando il consumatore.

⁹⁷ Cfr. H. Kelsen, *Zur Theorie der Interpretation*, in *Revue Internat. De la théorie générale du droit*, 1934, 11 s., secondo il quale, nel caso in cui una norma sia suscettibile di più interpretazioni, non esiste un criterio di preferenza desumibile dall'ordinamento giuridico dato. Pertanto, non solo le diverse interpretazioni si equivalgono ma il giudice, nell'applicarne una piuttosto che un'altra, compie un atto di politica legislativa scegliendo quella che, secondo la sua personale opinione, più si confà a realizzare la giustizia nel caso singolo.

⁹⁸ N. Luhmann, *L'autoproduzione del diritto e i suoi limiti*, in *Pol. dir.*, 1978, 41 s.

dell'obsolescenza. La salubrità del diritto dipende, infatti, dalla sua capacità di aderire al sistema in cui si inserisce e, al tempo stesso, dall'attitudine a rimanerne separato e distinto⁹⁹. In questo senso l'attività interpretativa si pone da valvola di sfogo e strumento auto-poietico di un sistema doppiamente rigido: perché pensato per dare risposta ad esigenze contingenti e, quindi, intriso di riferimenti capaci di soffocare ogni illusione di eternità; e perché costretto entro formule legislative intrinsecamente ellittiche e insufficienti ad esprimere la reale volontà del legislatore, che implicano sempre una trasfigurazione dei fenomeni reali.

Proclamando l'illegittimità della norma impugnata solo sotto il profilo più squisitamente formale, la Consulta ha evitato di intromettersi nel merito della questione, implicitamente confermando la distinzione tra conto corrente ordinario e conto corrente bancario, come voluta dal legislatore del 1942 e cristallizzata dalla giurisprudenza successiva. E non si tratta, in questo caso, di un ostacolo aggirabile dal legislatore per il tramite di una norma meglio pensata e più attentamente formulata, ma di un vero e proprio veto all'utilizzo di uno strumento la cui pericolosità è stata ben messa in luce dalla vicenda in esame.

Resta, dunque, ferma la mutua impermeabilità delle fattispecie di conto corrente ordinario e conto corrente bancario che, non solo differiscono sotto il profilo funzionale – nella misura in cui il conto corrente ordinario si fonda sulla reciprocità delle movimentazioni e le rimesse scritturate in conto svolgono una funzione *latu sensu* di finanziamento, con risparmio di liquidità (desumibile anche dalla disponibilità del saldo subordinata alla chiusura del conto) mentre quello bancario realizza, principalmente, una funzione di cassa¹⁰⁰ – ma si pongono, tra loro, in rapporto di reciproca specialità tale da non permettere l'applicazione analogica delle norme dettate in tema di conto corrente ordinario alla materia bancaria e creditizia¹⁰¹.

⁹⁹ H. v. Foerster, *Sistemi che osservano*, Roma, 1987, 51 s.

¹⁰⁰ Cfr. G. B. Ferri, *Conto corrente di corrispondenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961; N. Salanitro, *Conto corrente bancario*, in *Dig. disc. priv. (Sez. comm.)*, IV, Torino, 1989; Cass. Civ. 9-4-1983, n. 2521, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1018 s.

¹⁰¹ B. Meoli, *L'anatocismo bancario tra consuetudine e nuova disciplina*, in *Nuova giur. comm.*, 2000, II, 464 s.

Come è noto, la disciplina degli interessi nel conto corrente ordinario è ricavabile dal combinato disposto degli articoli 1823, 2 co., 1825 e 1831 c.c. Il primo statuisce che il saldo del conto si considera quale rimessa di un nuovo conto, da intendersi rinnovato a tempo indeterminato, a meno che non ne sia espressamente richiesto il pagamento. Il secondo prevede che sulle rimesse decorrano gli interessi nella misura stabilita dal contratto o dagli usi ovvero, in mancanza, di quella legale. Il terzo dispone che la chiusura del conto con la liquidazione del saldo sia fatta alle scadenze stabilite dal contratto o dagli usi e, in mancanza, al termine di ogni semestre, a partire dalla data del contratto. Le suddette norme autorizzano un fenomeno simulatorio, operabile per il tramite della capitalizzazione degli interessi al momento della chiusura del conto che, a sua volta, è indice del fatto che «il creditore del saldo ha interesse a riscuotere le somme dovutegli, per impiegarle in altro modo produttivo»¹⁰².

Tale meccanismo non opera sul conto corrente bancario, il cui carattere unitario si ricava pur se indirettamente dal dettato legislativo.

La dottrina ha, infatti, da tempo ritenuto che il mancato richiamo ad opera del legislatore nell'art. 1857 c.c. della disciplina contenuta nell'art. 1831 c.c., denunci la diversa *ratio* sottesa ai due contratti di conto corrente ordinario e bancario: mentre nel primo vale la regola dell'indisponibilità e inesigibilità dei crediti vantati reciprocamente fino alla scadenza pattuita, «nel conto corrente bancario il credito del cliente verso la banca è in qualsiasi momento disponibile ed esigibile, come stabilito dalla norma fondamentale in materia (art. 1852 c.c.)». Da ciò deriva che, al contrario del conto corrente ordinario, nel conto corrente bancario «il rapporto di piena disponibilità da parte del cliente si svolge ininterrottamente prima e dopo la cosiddetta chiusura periodica del conto» che «segna solo ed esclusivamente la contabilizzazione di interessi a debito o credito del cliente» senza che da ciò derivi l'esigibilità di una somma¹⁰³ a meno che, ovviamente, le parti non abbiano diversamente pattuito¹⁰⁴.

¹⁰² Così B. Meoli, *L'anatocismo bancario tra consuetudine e nuova disciplina*, cit., 464.

¹⁰³ Così B. Inzitari, *Diversa funzione della chiusura nel conto corrente ordinario e in quello bancario*, cit., 468, il quale mette in rapporto funzionale l'obbligo contabile della banca con quello di rendiconto che grava su di essa in qualità di mandataria del cliente.

¹⁰⁴ Parzialmente diversa è, invece, la ricostruzione di G. Porcelli, voce *Interessi anatocistici*, in *Dig. disc. priv. (Sez. civ.)*, Agg., XIX, II, Torino, 2007, 745 s., il quale ritiene che l'inapplicabilità dell'art. 1283 c.c. ai rapporti bancari derivi dall'essere gli interessi pretesi dalla banca di natura compensativa e non corrispettiva o moratoria, nella misura in cui assolvono alla funzione di

7.- In conclusione, pare possa denunciarsi con sufficiente chiarezza che con la delibera C.I.C.R. del 9 febbraio 2000, posta la linea di demarcazione tra interessi corrispettivi di matrice bancaria e interessi corrispettivi per c.d. «comuni», si sia compiuto un tentativo di ritorno alla duplicità della disciplina propria dei contratti di scambio, come originariamente spartita dalle due diverse fonti del codice civile, da un lato, e del codice del commercio, dall'altro lato; spartizione che, però, risulta estemporanea e disarmonica, niente affatto in linea con i tempi e con l'attuale stato del sistema.

In ogni caso, l'effetto primario immediatamente percepibile è che l'anatocismo bancario è oggi consentito – pur se limitatamente ai rapporti di conto corrente, alle operazioni di raccolta e quelle di finanziamento con piano di rimborso rateale, e sempre che tra banca e cliente intercorra apposita pattuizione e che la medesima periodicità caratterizzi tanto gli interessi passivi quanto gli interessi attivi – e la *querelle* che tanto ha appassionato le istituzioni democratiche negli ultimi vent'anni, contrapponendo l'Interprete al Legislatore, sembra sempre meno attuale.

D'altronde, l'attenzione dei giudici si è da sempre incentrata quasi esclusivamente sui profili di illegittimità formale dei vari interventi normativi sul tema e si è esaurita nella mera riaffermazione dell'unitarietà del rapporto di conto corrente bancario e della solidità dell'impianto delineato dalla Suprema Corte in tema di prescrizione, tale per cui la prescrizione del diritto del correntista alla ripetizione dell'indebitto decorre, con riferimento ai versamenti solutori, dalle singole annotazioni in conto e, per i versamenti ripristinatori della provvista, dalla chiusura del conto stesso¹⁰⁵.

compensare la banca del mancato godimento del denaro.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. s.u. 2-12-2010, n. 24418, in *Foro it.*, 2011, 2, 428 s. e in *Guida dir.*, 2011, 1, 74 s., chiamata a pronunciarsi sul seguente quesito «se l'azione di ripetizione dell'indebitto proposta dal cliente di una banca, che sostenga la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi (c.d. anatocismo bancario) ed il suo diritto alla restituzione, si prescriva a partire dalla data di chiusura del conto, oppure, separatamente per ogni posta, da quando sia stato annotato in conto ciascun addebito per interessi». La Suprema Corte ha definitivamente ab-

Assertioni, quest'ultime, pregevolissime che non hanno, però, mai toccato il cuore del problema. Non si può tacere l'illogicità strutturale sottesa ad un meccanismo che, in buona sostanza, smembra una prestazione originariamente unitaria (quella del cliente nei confronti della banca, tenuto a restituire il capitale maggiorato degli interessi) per autorizzare l'autoriproduzione del segmento corrispondente al (solo) pagamento del corrispettivo, secondo uno schema tipicamente riconnesso ad un momento patologico del rapporto obbligatorio (la mora) che, invece, nel caso di specie non solo non è presupposta ma, anzi, categoricamente esclusa, trattandosi di interessi corrispettivi fisiologicamente ricompresi all'interno del piano obbligatorio e non già di una distinta obbligazione di interessi moratori, nata in conseguenza del suo (pur solo temporaneo) fallimento.

Resta, poi, da chiedersi come conciliare un simile impianto con la *ratio* protettiva dichiaratamente sottesa a tutti gli interventi legislativi degli ultimi anni, che hanno stravolto il sistema stesso delle fonti nel perseguimento di un modello contrattuale in cui è bandita ogni asimmetria di potere contrattuale, anche nella sua forma più latente di asimmetria informativa¹⁰⁶.

In un ordinamento in cui la trasparenza e la *disclosure* delle informazioni in fase precontrattuale sono obiettivi primari, funzionali al corretto svolgersi

bandonato il precedente orientamento giurisprudenziale che, prendendo le mosse dalla unitarietà del rapporto di conto corrente, affermava, da un lato, la subordinazione della esigibilità alla chiusura del conto e, dall'altro lato, la coincidenza tra *dies a quo* della prescrizione e giorno della chiusura. Le Sezioni Unite in commento hanno, infatti, statuito che «l'unitarietà del rapporto contrattuale ed il fatto che esso sia destinato a protrarsi ancora per il futuro non impedisce di qualificare indebito ciascun singolo pagamento non dovuto, se ciò dipende dalla nullità del titolo giustificativo dell'esborso, sin dal momento in cui il pagamento medesimo abbia avuto luogo; ed è sempre da quel momento che sorge dunque il diritto del *solvens* alla ripetizione e la relativa prescrizione inizia a decorrere». Di modo tale che nell'ipotesi in cui i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza di rapporto abbiano svolto una funzione meramente ripristinatoria della provvista «il termine di prescrizione decennale cui tale azione di ripetizione è soggetta, decorre dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati»

¹⁰⁶ Cfr. V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769 s.; ID, *Il contratto del duemila2*, Torino, 2005; ID, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, n. 3, 19 s.

dei rapporti contrattuali nell'ottica di un mercato salubre¹⁰⁷ – tanto che persino la volontà individuale diviene sacrificabile sull'altare della concorrenza¹⁰⁸ – l'anatocismo sembra nulla più che una concessione alle *lobbies* bancarie, un'anomalia ingiustificabile del sistema¹⁰⁹.

Né pare che l'interprete sia del tutto sfornito di strumenti per fronteggiare questa deviazione dai canoni di coerenza sistematica.

Non di ieri è il sospetto dell'abusività delle clausole di capitalizzazione, che appaiono capaci di vulnerare il principio di correttezza nella misura in cui «ne risulterebbe mascherata la funzione di determinazione del prezzo,

¹⁰⁷ Cfr. S. Mazzamuto, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in *Contr. e Imp.*, 2005, 530 s.; ID, *Il contratto europeo al tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 9; M. Barcellona, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 630.

¹⁰⁸ Cfr. i rilievi espressi, in tema di recesso di pentimento, da G. Grisi, *Lo «ius poenitendi» tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 569 s.

¹⁰⁹ Tanto da rendere quasi sempre necessario sul piano operativo l'espletamento di una CTU per identificare l'indebito, da effettuarsi secondo le articolate linee guida individuate dalla Cassazione a sezioni unite nella sentenza n. 24418 del 2010 già citata. «Per l'individuazione degli interessi ed altri oneri oggetto di rimesse solutorie nel corso del rapporto, nonché degli interessi ed oneri da considerare, invece, al termine del rapporto o della scadenza/revoca dell'affidamento, si dovrà procedere a:1) ordinare l'estratto conto determinando per ciascuna operazione la data disponibile, secondo gli usuali criteri previsti per la revocatoria delle rimesse bancarie;2) individuare il saldo capitale del conto, enucleando a parte gli interessi a debito e le altre competenze addebitate dalla banca;

3) ricostruire il saldo capitale rettificato. Si modificherà, volta per volta, in un processo iterativo, il saldo capitale per tener conto delle rimesse che assumono la veste di pagamento, nella misura massima del credito in extra fido e dei relativi interessi e competenze divenute esigibili. Tali rimesse verranno prioritariamente rivolte a ripianare gli interessi e competenze relative al credito in extra fido, prima di essere rivolte a quest'ultimo. Se le rimesse risultano intervenute in data antecedente il decennio di prescrizione, il pagamento deve ricomprendere anche gli interessi anatocistici calcolati dalla banca sull'extrafido; al contrario, se intervenute successivamente vanno riferite esclusivamente ai legittimi interessi e competenze ricalcolati sull'extrafido stesso;

4) gli interessi ricalcolati sul capitale entro il fido, unitamente ai residui interessi sull'extra fido, mantenuti separati dal capitale rettificato, verranno riportati - in regime di capitalizzazione semplice - alla chiusura del conto o in scomputo delle prime rimesse successive alla revoca/scadenza dell'affidamento;

5) (qualora si ritenga applicabile la Delibera CICR 9/2/00), previo accertamento delle condizioni di adeguamento previste all'art. 7, gli interessi maturati a partire dal III trimestre '00 verranno calcolati nei termini e modalità convenuti».

con l'effetto di aggirare il principio, strumentale a quello di trasparenza, della necessaria determinazione nel contratto di tutte le condizioni economiche dell'operazione finanziaria»¹¹⁰.

Forse, se l'intervento correttivo della Suprema Corte e del Giudice delle Leggi si fosse indirizzato in questo senso, pure già approcciato da una coraggiosa giurisprudenza di merito, la vicenda si sarebbe conclusa diversamente.

Ma la sensazione è che sull'anatocismo bancario non sia ancora stata detta l'ultima parola.

¹¹⁰ Così Trib. Roma 21-1-2000, in *Contratti*, 2000, 561. Orientamento sposato anche dalla Corte d'Appello di Roma 24-9-2002, in *Giur. it.*, 2003, 119, che ha sottolineato come la vessatorietà dell'anatocismo bancario trovi conferma nel fatto che «da maturazione degli interessi, specularmente remunerativi per un credito *hinc et inde* vantato nell'ambito del medesimo rapporto negoziale, risulti notevolmente diversa a seconda che la beneficiaria ne sia la banca o il cliente: con una diversità di parametro, nonostante l'identità dell'oggetto, creativa di un significativo squilibrio, a divaricazione crescente per effetto della capitalizzazione sfalsata nel tempo». Cfr. per un'analisi del profilo tecnico-commerciale R. Marcelli, *La sentenza della Cassazione S.U. n. 24418/2010: criteri applicativi sulla prescrizione decennale della domanda di restituzione delle voci indebitamente versate alla banca*, in www.tidona.com.