

Quaderni de
ILDIRITTODEGLIAFFARI.IT

BRUNO INZITARI

Interessi

**Legali, corrispettivi,
moratori, usurai, anatocistici**



G. Giappichelli Editore



Quaderni de
ILDIRITTODEGLIAFFARI.IT

BRUNO INZITARI

Interessi

Legali, corrispettivi,
moratori, usurai, anatocistici



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2017 – LINEA PROFESSIONALE - TORINO

G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-7524-376-0

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
1. Significato e definizione degli interessi	1
2. Tipologie distintive	3
3. Gli interessi moratori quale strumento per il risarcimento del danno	8
4. (<i>Segue</i>). Esperienza della codificazione francese	9
5. (<i>Segue</i>). Della codificazione tedesca	10
6. (<i>Segue</i>). La nuova disciplina del codice italiano secondo una valutazione storico-comparata	11
7. Distinzioni normativo-funzionali tra i cosiddetti interessi corrispettivi e moratori	23
8. Il danno nelle obbligazioni pecuniarie	24
9. Il problema del maggior danno	26
10. L'esperienza italiana: il maggior danno dell'art. 1224, 2° comma, c.c.	29
11. La terza sentenza (n. 2368/1986) delle Sezioni Unite sul maggior danno nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie	39
12. Il ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie e la liquidazione del danno da inflazione con la pronuncia delle Sezioni Unite del 16-7-2008	52
13. Saggio legale e convenzionale degli interessi. In generale	80
14. (<i>Segue</i>). Il pagamento degli interessi ultralegali	82
15. (<i>Segue</i>). Interessi usurari	84
16. (<i>Segue</i>). Il controllo sulla determinazione convenzionale del tasso di interessi	89
17. (<i>Segue</i>). Misura degli interessi contraria al buon costume	96
18. (<i>Segue</i>). Limiti dell'ammissibilità della <i>relatio</i> nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali	99
19. (<i>Segue</i>). L'inefficacia della determinazione degli interessi bancari mediante <i>relatio</i> per mancanza di univocità e precisione dei criteri di riferimento	107
20. L'anatocismo. Il fenomeno in generale	119
21. (<i>Segue</i>). Operatività dell'anatocismo: presupposti, limiti e garanzie	122
22. (<i>Segue</i>). Convenzione di capitalizzazione trimestrale degli interessi e divieto di anatocismo ex art. 1283 c.c.	126

	<i>pag.</i>
23. (<i>Segue</i>). Le Sezioni Unite e il divieto di anatocismo: l'asimmetria contrattuale esclude la formazione dell'uso normativo	132
24. (<i>Segue</i>). Gli interessi anatocistici, se richiesti dalla domanda giudiziale di primo grado, maturano anche nel corso del processo tributario	159
25. (<i>Segue</i>). Addebito sul conto bancario di oneri non dovuti e decorrenza della prescrizione dell'azione di indebito	165
26. Riforma del processo e revisione degli interessi	168
27. La prima modifica del tasso legale degli interessi con la novella processuale del 1990	170
28. Portata della modificazione del raddoppio della misura del tasso degli interessi legali	173
29. La tradizione legislativa e giurisprudenziale della flessibilità e variabilità della misura del risarcimento delle obbligazioni pecuniarie	174
30. Il problema della cumulabilità degli interessi moratori e del maggior danno nella giurisprudenza	175
31. Il problema della cumulabilità degli interessi moratori e del maggior danno alla luce dell'intervento legislativo del 1990 sulla misura del tasso legale	179
32. L'entrata in vigore della novella del tasso degli interessi legali e connessi problemi di diritto intertemporale conseguenti alla successione di leggi	181
33. La determinazione convenzionale dell'interesse con riferimento al tasso legale nei rapporti in corso: criteri. Cenni alla modificazione della misura del tasso legale nel concordato preventivo (art. 160, 2° comma, n. 1, l. fall.)	184
34. Il problema degli interessi postfallimentari. Premessa	187
35. (<i>Segue</i>). La <i>ratio</i> della sospensione della decorrenza degli interessi nel fallimento <i>ex art. 55 l. fall.</i>	187
36. (<i>Segue</i>). La sospensione degli interessi, ritorno <i>in bonis</i> del fallito ed esdebitazione	189
37. (<i>Segue</i>). La controversa "maturazione" degli interessi nel fallimento	190
38. (<i>Segue</i>). Inadeguatezza della regola della sospensione degli interessi agli effetti del concorso per giustificare il sorgere dell'obbligazione degli interessi nel fallimento	194
39. (<i>Segue</i>). Carenza del requisito dell'esigibilità del credito per capitale e non decorrenza degli interessi nel fallimento	196
40. (<i>Segue</i>). Applicabilità della prescrizione alla pretesa obbligazione per gli interessi nel fallimento	198
41. (<i>Segue</i>). Crediti assistiti da pegno, maturazione degli interessi e prescrizione	202

1. *Significato e definizione degli interessi.*

Nella tradizione legislativa si riscontra, invero, una pressoché costante preferenza dei legislatori a fornire una descrizione attraverso immagini metaforiche degli interessi.

Se, infatti, nel codice francese si citano gli interessi quale componente delle più rilevanti della categoria dei frutti civili (art. 584: «les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes»), seguito in questo dal codice italiano del 1865 (art. 444, 3° comma: «sono frutti civili quelli che si ottengono per occasione dalla cosa, come gli interessi dei capitali, i proventi dell'enfiteusi, dei censi, dei vitalizi ed ogni altra rendita») e ancora successivamente dal codice italiano vigente (art. 820, 3° comma); in altri codici sia l'utilizzazione della categoria dei frutti civili, sia il riferimento agli interessi appaiono smorzati da una formulazione estremamente astratta e generale, quale è quella del § 99, *Abs* 3, BGB.: «frutti sono anche i prodotti che una cosa o un diritto procura in virtù di un rapporto giuridico» («Früchte sind auch die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewärt»), per giungere poi ad ordinamenti in cui lo stesso concetto di frutti civili è, in sostanza, del tutto sconosciuto, quale, ad esempio, quello svizzero.

L'accostamento degli interessi alla nozione di frutto ha, dunque, un significato metaforico che si spiega unicamente in relazione ad una sensibilità sistematica, ancora peraltro profondamente condizionata dal modello interpretativo dei diritti reali, che riconduce al concetto naturalistico di frutto sia quei beni che derivano dalla gestione economica della cosa madre, sia quei beni che derivano dalla gestione attuata mediante lo svolgimento di un'attività giuridica. L'accostamento e la ricomprensione in un'unica categoria (intensamente segnata da una così spiccata tradizione naturalistica) di fattispecie, invero, notevolmente distanti tra loro, lascia qualche dubbio sulla sua utilità. Infatti, sia che si consideri caratteristica peculiare dei frutti civili la conseguibilità attraverso un rapporto obbligatorio, e quindi attraverso l'esercizio di un diritto di credito, sia che si mettano in evidenza i criteri di proporzionalità del risultato utile in relazione al periodo di godimento, gli elementi ritenuti qualificanti la tipologia dei frutti

civili appaiono non sufficienti a interpretare e descrivere le caratteristiche degli interessi. L'elemento su cui sembra maggiormente soffermarsi la dottrina è dato dal fatto che siffatti valori patrimoniali deriverebbero da una gestione attuata mediante attività giuridica. Questa avrebbe, in sostanza, quale scopo e quale oggetto la gestione di un bene. Una tale qualifica di fertilità, fruttuosità, fecondità, se pur cara ad un certo linguaggio manualistico, appare meramente immaginifica se riferita al danaro. Più che la «gestione» di una somma pecuniaria, è, infatti, il concorso di specifiche e diversificate situazioni obbligatorie che dà luogo alla produzione degli interessi. D'altro canto, va riconosciuto che le norme dettate dal nostro ordinamento per i frutti civili ricoprono, in ogni caso, una certa rilevanza in relazione a specifici aspetti della decorrenza degli interessi che, spesso, in altri ordinamenti restano senza una particolare disciplina.

L'ultimo comma dell'art. 821 precisa, ad esempio, che «i frutti civili si acquistano giorno per giorno, in ragione della durata del diritto».

Questa disposizione codifica, probabilmente, una consolidata diffusa opinione che ritiene esigibili le somme relative agli interessi legali giorno per giorno. Della portata metaforica del riferimento ai frutti sembra, d'altro canto, esserne consapevole il legislatore. Al 3° comma dell'art. 820, dopo aver dato una definizione dei frutti civili in termini di corrispettivo per il godimento che altri abbia della cosa, estende, successivamente, tale definizione anche agli interessi (tali sono gli interessi dei capitali), i quali finiscono, quindi, per venire individuati, come è stato osservato¹, nel corrispettivo per il godimento di un capitale.

Tale riferimento al corrispettivo è, a sua volta, collegato, come è stato, anche questo, rilevato dalla dottrina da ultimo citata², alla tradizione della letteratura economica che ricollega la produzione degli interessi al «godimento» di un capitale. Sono questi riferimenti senz'altro giustificati e fondati su un'esatta comprensione del fenomeno economico sottostante.

Si tratta, peraltro, di una formula troppo legata alla descrizione soltanto di una delle multiformi ipotesi di produzione degli interessi per effetto della concessione in godimento di una somma di danaro e che, infatti, quando è stata assunta in modo acritico, ha indotto taluno a risultati non giustificati, finendo addirittura per travisare la consolidata disciplina degli interessi³.

¹ SIMONETTO, «Interessi (diritto civile)», in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, 2.

² SIMONETTO, *op. cit.*, alla nota prec., 2.

³ Il riferimento è alla tesi sostenuta dallo SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, *passim* (e in particolare 67), che basa l'intera monografia sull'ipotesi secondo cui, ricondotti gli interessi ai frutti civili, nel concetto di interessi devono essere ricomprese «solo quelle obbligazioni di interessi che trovano la propria fonte in un contratto mediante cui i privati attribuiscono ai terzi il godimento del proprio denaro», giungendo in questo modo a limitare la categoria in parola solo ai casi in cui sia possibile identificare un contratto obbligatorio, al punto che l'Autore finisce per lamentare che nel codice civile emergerebbe addirittura «una singolare aporia, nella misura in cui talune norme riservano la qualifica di frutti civili anche a dei corrispettivi che hanno la loro fonte in contratti a cui la legge collega l'effetto di trasferire la proprietà», e a tale proposito ven-

Con maggiore proprietà descrittiva tali caratteri possono essere, a nostro parere, più propriamente riassunti, piuttosto che con il riferimento ad un ipotetico corrispettivo connesso ad un indeterminato godimento di un capitale, al «vantaggio per la liquidità monetaria», della quale ha usufruito, direttamente o indirettamente, il soggetto cui la legge impone l'obbligo di pagare gli interessi.

Tale vantaggio della liquidità si manifesta, a sua volta, 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 danaro, dovuta, in base ad un'obbligazione restitutoria oppure risarcitoria (contrattuale o extracontrattuale). Quest'ultima ipotesi [*sub b)*] costituisce, invero, la fattispecie che ha finito per costituire la più intensa fonte di obbligazioni di interessi proprio per l'ampiezza dei suoi presupposti, che, nella sostanza, coincidono, come vedremo, con tutte le situazioni in cui, nell'ambito di un'obbligazione contrattuale o extracontrattuale, il pagamento di una somma avvenga in un momento posteriore alla sua esigibilità. Sono evidenti gli elementi caratterizzanti il cosiddetto vantaggio della liquidità: alla detenzione o al mancato pagamento di una somma corrisponde un arricchimento del patrimonio valutabile in misura del presumibile costo che il soggetto che ha goduto di tale disponibilità avrebbe dovuto sopportare per acquisire la medesima disponibilità.

2. *Tipologie distintive.*

La più diffusa tradizione dottrinale, ma anche legislativa, italiana tende ad indicare principalmente tre diverse categorie di interessi: corrispettivi, compensativi e moratori. È questa, invero, una distinzione ed una nomenclatura sostanzialmente tipica della tradizione italiana in quanto non sempre, e non con lo stesso significato, è possibile rinvenire in altri ordinamenti o dottrine straniere le stesse distinzioni e gli stessi riferimenti. D'altro canto, siffatta articolazione di categorie appare, in ogni caso, nuova anche nel nostro paese, in quanto affermata solo dopo la riforma dei codici del 1942. Il primo consapevole ed autorevole tentativo di procedere ad una differenziazione del concetto di interessi in passato notevolmente unitario, secondo le linee di diverse categorie, fu operato dallo stesso Ministro guardasigilli, che, nell'illustrare la novità della nuova disciplina del 1942, ritenne opportuno mantenere la distinzione tra gli interessi moratori e corrispettivi e ribadire la peculiarità e la specificità di quelli compensativi. La dottrina italiana precedente, utilizzando indifferentemente gli aggetti-

gono citati gli interessi che pur essendo frutti civili, rappresentano anche il corrispettivo che consegue a contratti che producono effetti reali.

vi «compensativo» o «corrispettivo», faceva, in sostanza, riferimento in modo unitario alle varie tipologie di interessi che non erano moratori⁴. Almeno da un punto di vista strettamente dogmatico-sistematico, la denominazione di queste diverse categorie di interessi si presenta estremamente significativa e ricca. A quelli moratori è sottesa la funzione di risarcimento del danno subito dal creditore per il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione (art. 1224); a quelli corrispettivi è sottesa la funzione appunto di «corrispettivo», cioè di fattore equilibratore di un vantaggio goduto dal detentore della somma di danaro (art. 1282); a quelli compensativi, espressamente previsti in specifici casi dalla legge (artt. 1499, 1815, 1825), è sottesa la funzione di venire a riequilibrare vantaggi goduti dal debitore pecuniario anche indipendentemente dall'effettiva detenzione di una somma di danaro (si parla spesso, a questo proposito, di interessi legali decorrenti su crediti non esigibili). In realtà, alla chiarezza delle varie formule definitorie utilizzate nella descrizione delle diverse categorie, non corrisponde un'altrettanto limpida sicurezza nella delimitazione delle varie fattispecie e norme dettate in proposito. È questo, infatti, come già la dottrina ha spesso avuto modo di mettere in evidenza, uno dei capitoli più complessi ed intricati del diritto delle obbligazioni uscito dalla riforma del 1942⁵. Le difficoltà in cui ancora attualmente si imbattono la dottrina e la giurisprudenza, in particolar modo italiana⁶, dipendono, d'altro canto, dal particolare sviluppo che il regime degli interessi ha avuto in relazione alle varie epoche storiche ed ai diversi ambienti giuridici o economici. L'eclettismo, inoltre, della nostra disciplina delle obbligazioni, dato il confluire sin dal XIX secolo, ma poi particolarmente nel XX secolo, di diverse tradizioni quale quella francese e quella tedesca, ha ulteriormente contribuito a rendere tutt'altro che lineare la definizione del tema. L'evoluzione del regime degli interessi costituisce, invero, uno dei fenomeni in cui con maggiore incidenza ed immediatezza si sono man mano venute a riflettere le congiunture più significative delle diverse fasi della storia economica⁷. Gli interessi hanno rappresentato uno degli indici più fedeli e significativi del progressivo modificarsi del mercato dei capitali. Essi, infatti, hanno scandito, sin dalle

⁴ Cfr. MESSA, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, Milano, 1911, 228 e 233.

⁵ Cfr. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1970; NATOLI-BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi. Appunti delle lezioni*, Milano, 1964, 223 ss.; LIBERTINI, «Interessi», in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972, 99.

⁶ Un esame comparatistico delle altre esperienze giuridiche fa avvertire in queste una maggiore semplicità della problematica rispetto a quella italiana. È questo certamente non solo il risultato di una certa tradizione fortemente e, forse, eccessivamente dogmatica dell'ambiente italiano, ma anche il risultato di una più complessa e, talora, non del tutto limpida evoluzione della disciplina in materia.

⁷ Cfr. in questo senso ROLL, *Die Höhe der Verzugszinsen (Deutsche Richter Zeitung*, 1973, 341), che, a proposito della stretta influenza delle vicende storico-politiche, afferma che «die Geschichte der Zinsen» rappresenta «nicht nur ein Problem von Soll und Haben, sondern eine Entscheidung zwischen Recht und Unrecht».

prime embrionali manifestazioni di un'economia monetaria, tutte le fasi di sviluppo e di crisi. Conosciuti e ampiamente praticati nel mondo romano⁸, osteggiati nel Medioevo in seguito al divieto canonistico delle usure⁹, furono un fenomeno strettamente legato alla formazione (anche nei suoi aspetti iniziali, ad esempio, nel mondo antico) del capitale commerciale. Allorquando, in concomitanza con il crescente sviluppo dell'economia mercantile, il danaro venne a rappresentare (almeno per alcuni settori economici) sempre più uno strumento diretto all'investimento e alla speculazione piuttosto che al consumo¹⁰, il divieto canonistico delle usure (peraltro anche in passato ampiamente violato)¹¹ cominciò ad essere rimosso in tutti i paesi d'Europa¹². La diretta o indiretta affermazione di liceità ebbe luogo attraverso la fissazione di un limite legalmente stabilito come misura minima per la produzione degli interessi. I primi passi in questo senso furono mossi in terra tedesca ove, congiurando probabilmente anche la relativa impermeabilità di quella società alla dottrina canonistica delle usure, ancora professate dalla chiesa cattolica¹³, con il § 174 del Reichsabschied del 1654, si pose fine a siffatto divieto¹⁴ ridimensionandone (o capovolgendone) la portata nella fissazione di un limite, entro il quale gli interessi venivano ritenuti illeciti. Siffatto limite fu stabilito entro un livello pari, approssimativamente, al 4-6%. La determinazione di una misura massima degli interessi delimitava in modo estremamente netto quelle attività di disposizione del danaro identificabili con una attività ritenuta lecita, da quelle non degne di questa qualificazione e stimate, perciò, di natura usuraria¹⁵. Il 4-6% rappresentava, dunque, la misura dell'interesse ritenuto lecito e tipico nell'esercizio dell'attività commerciale. Questa vicenda ebbe un'indiretta ma significativa influenza nello sviluppo successivo del regime degli interessi moratori. Com'è noto, infatti, già dal code Napoléon (art. 1153) la misura di tale tipo di interessi fu stabilita con un

⁸ V. a questo proposito sinteticamente NANI, *Storia del diritto privato italiano*, Milano, rist. 1972, 490 ss.

⁹ Cfr. SALVIOLI, *La dottrina dell'usura secondo i canonisti e i civilisti italiani dei secoli XIII e XIV*, in AA.VV., *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, II, Napoli, 1906, 261 ss.; e più di recente, sull'intero tema delle obbligazioni pecuniarie, v. l'attento lavoro di GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, 1960.

¹⁰ Cfr. particolarmente in relazione alla funzione economica del mutuo, ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja e Branca*, sub art. 1277-1284, Bologna-Roma, 1959, 577.

¹¹ Oltre che delle frequenti violazioni è bene tener conto dell'esenzione dal divieto per determinate categorie di soggetti, quali gli ebrei, i «lombardi» (non a caso nella terminologia tedesca del mercato finanziario troviamo ancora oggi vocaboli come «Lombardgeschäft», «lombardieren», «Lombarddarlehen», ecc.) e successivamente i commercianti; in generale v. sul punto NANI, *op. cit.*, 439 ss.

¹² Cfr. NANI, *op. cit.*, alla nota prec., 513 ss.; ASCARELLI, *op. cit.*, alla penultima nota, 580.

¹³ Cfr. NANI, *op. cit.*, alla penultima nota, 511 ss.

¹⁴ Cfr. ROLL, *op. cit.*, 341.

¹⁵ Cfr. NANI, *op. cit.*, 514 ss.

rinvio al tasso fissato dalla legge¹⁶. Le ragioni del riferimento alla misura degli interessi legali sono state recentemente messe in luce molto lucidamente dalla dottrina tedesca¹⁷: nei paesi europei, fino alle rispettive codificazioni, imperava il principio, già accennato, secondo il quale il limite massimo degli interessi contrattabili dalle parti non avrebbe dovuto superare il «tetto» del 4,5% (a seconda delle varie congiunture economiche). La quantificazione degli interessi moratori (ammessi, peraltro, in costanza del divieto canonistico delle usure con molte limitazioni, quali la doppia interpellazione e la prova del danno subito)¹⁸ veniva realizzata con il rinvio a questa misura legalmente stabilita come massima per gli interessi contrattualmente disposti¹⁹. La *ratio* appare chiara: al creditore che aveva subito la mora del debitore veniva, in sostanza, accordata la possibilità di godere del più alto saggio di interesse che allora era consentito stipulare attraverso libere contrattazioni. Il problema della quantificazione del danno da mora seguiva, quindi, una logica molto lineare: l'attribuzione al creditore di un vantaggio economico pari a quello che la più favorevole contrattazione, condotta entro i confini del lecito penalmente consentito, avrebbe potuto assicurargli. Successivamente, una volta che fu concessa ai privati la possibilità di stabilire liberamente la misura del tasso di interessi, quel collegamento descritto venne meno ed il tasso degli interessi moratori venne a riferirsi a quello legale che rappresentava o la continuazione, in termini più o meno imperativi, del precedente tasso massimo di interesse stabilito nei secoli precedenti per combattere o frenare l'usura, oppure (e le due ipotesi non si escludono) la media dei tassi di interessi, solitamente rinvenibili sul mercato dei capitali negli anni in cui i vari legislatori europei giunsero alla formulazione della disciplina dei danni da mora²⁰.

Fu appunto limitatamente alla mora che nelle codificazioni francese e italiana furono contenuti i primi riferimenti alla produzione degli interessi (art. 1153 code Napoléon, art. 1244 cod. albertino, art. 1231 c.c. 1865).

Il peso del divieto canonistico delle usure fece sì che solo nella seconda metà del XIX secolo si affermasse in un testo di legge il principio della decorrenza di pieno diritto degli interessi (indipendentemente da una specifica pattuizione in

¹⁶ In ordine all'evoluzione, nelle varie codificazioni italiane del secolo XIX, del regime degli interessi, cfr. la ben informata voce «Interessi (diritto civile)» di PIOLA, in *Dig. it.*, XIII, 2, Torino, 1901-1904, 52 ss.; fondamentale, inoltre, per una storia del periodo anteriore alle codificazioni, AZUNI, *Interessi*, in *ID.*, *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile*, Nizza, 1786-1788, 624 ss.

¹⁷ Cfr. ROLL, *op. cit.*, 339 ss.

¹⁸ Cfr. NANI, *op. cit.*, 492 ss.; LIBERTINI, *op. cit.*, 99.

¹⁹ Cfr. ROLL, *cit.* alla penultima nota, ove preziose indicazioni sulla legislazione tedesca e particolarmente prussiana precedente alle codificazioni.

²⁰ Cfr. ancora, almeno per quanto riguarda la Germania, l'interessantissima analisi di ROLL, *op. cit.*, 342 ss., che utilizzando HOMER, *A history of interest rates*, New Brunswick, 1963, 260 ss., molto acutamente ricostruisce e ricollega le misure del tasso di interesse legalmente stabilito con le medie ponderate degli interessi di mercato e del saggio di sconto degli ultimi anni del secolo.

proposito e dalla messa in mora). Ci riferiamo al § 289 del primo codice di commercio tedesco (ADHGB. del 1861): «i commercianti possono tra loro, negli atti che sono di commercio da ambo le parti, chiedere, anche senza patto o interpellazione, interessi per ogni credito dal giorno della sua scadenza»²¹. Il principio non tardò ad essere accolto anche in termini più ampi nella riforma del codice di commercio del 1882, nel quale, in via generale, si stabilì (art. 41) che «i debiti commerciali liquidi ed esigibili di somme di danaro producono interessi di pieno diritto»²². Prontamente la dottrina colse la differenza tra questo tipo di interessi previsti per i debiti commerciali e quelli di cui all'art. 1231 c.c., definendo i primi interessi corrispettivi – quale «compenso corrispettivo dell'uso di quella fecondità (del danaro) che, negli affari commerciali, si ritiene effettiva, con presunzione assoluta»²³ – ed i secondi interessi moratori.

Mentre, cioè, nell'ambito dei rapporti commerciali la produzione degli interessi si accompagnava a qualsiasi debito pecuniario liquido ed esigibile (ed in questo senso il § 289 ADHGB. del 1861, l'art. 41 c. comm. ed il § 353 HGB. del 1897, rappresentano la cristallizzazione normativa di tradizioni proprie del mondo commerciale, ormai sedimentate da secoli), nell'ambito dei rapporti civili la produzione degli interessi, al contrario, rappresentava il risarcimento di un danno subito dal creditore per il ritardo del debitore nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria. In sostanza, quindi, quella onerosità che in via normale si accompagnava alle obbligazioni pecuniarie commerciali (riprendendo le sopraccitate osservazioni di Ascarelli), si manifestava come eventuale nelle obbligazioni civili.

L'onerosità delle obbligazioni pecuniarie, se, infatti, risultava una caratteristica peculiare dei rapporti commerciali, in quelli civili assumeva, al contrario, il significato e la funzione di sanzionare il mancato adempimento. La fisionomia di un siffatto sistema appare, quindi, di estremo interesse: la sanzione di un comportamento dannoso, quale la mora del debitore, nell'ambito dei «rapporti

²¹ La traduzione riportata è quella di BOLAFFIO, *Dei mediatori, delle obbligazioni commerciali in generale*⁴, sub art. 41, Torino, 1919, 225, nota 1, che ci sembra anche stilisticamente la più adeguata.

²² Sul significato e sulla più ampia portata dell'art. 41 c. comm. rispetto al § 289 ADHGB. (nel codice italiano, infatti, il riferimento al «debito commerciale» consentiva di ricomprendere anche i debiti sorti in occasione di un atto oggettivamente commerciale compiuto da un non commerciante – artt. 1, 3, 8, 54 c. comm. – e non solamente quindi, come nell'ADHGB., i debiti sorti in occasione dell'attività contrattuale svolta tra commercianti) e sulla gestazione dell'articolo in parola nei lavori preparatori, v. BOLAFFIO, *op. cit.*, alla nota prec., 247.

²³ Così BOLAFFIO, *op. cit.*, alla penultima nota, 255. Estremamente lucide le osservazioni di ASCARELLI, *Limiti di applicabilità dell'art. 1231 c.c. (RDCo, 1930, I, 390)*, che affermava «il fondamento dell'art. 41 non può difatti riporsi solamente nella normale fruttuosità del danaro, ma deve riporsi anche nell'impossibilità pel debitore di goderne gratuitamente; in una posizione pertanto di onerosità nelle obbligazioni di danaro. Ora questa presunzione (...) può giustamente porsi a fondamento di un principio generale del diritto commerciale, principio conforme a quello spirito capitalistico del quale il diritto mercantile è la più caratteristica espressione giuridica».

civili» (il cui danno era ancora essenzialmente uno strumento atto a mediare unicamente la funzione del consumo) si risolveva nell'imposizione dei costi che erano tipici dell'altro, parallelo ma ben diversificato, ambito di rapporti, quello commerciale. Da questo tipo di regolamentazione emerge, dunque, con chiarezza non solo l'eterogeneità dei due sistemi del diritto delle obbligazioni (quello civilistico e quello commercialistico), ma soprattutto il ruolo egemonicamente ordinante che ebbero i principi commercialistici, la cui portata si estendeva al di là dei confini formali del diritto commerciale, non solo nel momento in cui direttamente o indirettamente fossero stati in gioco gli interessi di commercianti (artt. 1, 3, 8, 54 c. comm.), ma anche in casi, appunto come questo dell'art. 1231, in cui la sanzione di diritto civile (relativa alla mora) veniva fatta coincidere con l'applicazione di un principio dettato, in via normale, per le obbligazioni commerciali²⁴. È da queste due norme (l'art. 1231 c.c. del 1865 e l'art. 41 c. comm.) che sono successivamente, con la riforma del 1942, derivati gli artt. 1224 e 1282, comunemente intesi quali principi generali in tema rispettivamente di interessi moratori e corrispettivi. Il coordinamento, invero, delle due norme ha posto non pochi problemi agli interpreti²⁵.

3. Gli interessi moratori quale strumento per il risarcimento del danno.

La comprensione delle specifiche peculiarità ed elementi di differenziazione tra questa categoria di interessi ci impone, d'altro canto, di approfondire il significato e la funzione che le due norme rispettivamente svolgono. È questa una pagina della dottrina delle obbligazioni pecuniarie strettamente collegata a quella della teoria generale delle obbligazioni e nella quale inevitabilmente confluiscono i più rilevanti e controversi problemi connessi all'adempimento o inadempimento ed al risarcimento del danno. D'altro canto, le scelte operate dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dallo stesso legislatore rivelano spesso il confluire di elementi empirici, normativi, concettuali che, sia pure in diversa misura, non poco hanno influito sulle motivazioni e soluzioni man mano fornite dagli interpreti al nostro problema.

Di estrema rilevanza è a questo punto l'identificazione della particolare posizione delle obbligazioni pecuniarie in relazione all'adempimento/inadempimento.

²⁴ Su questa funzione del diritto commerciale si è ampiamente ed acutamente soffermato GALGANO, *Diritto commerciale*⁴, I, Bologna, 1991, *passim*; ID., *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976, 95 ss.

²⁵ Cfr. LIBERTINI, *op. cit.*, 98 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 141 ss.; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*², Bologna-Roma, 1979, *sub* artt. 1218-1229, 285 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, IV, Milano, 1964, 187 ss.

mento delle obbligazioni. È in particolare in relazione ad alcuni nodi fondamentali della disciplina delle obbligazioni, quale il tempo ed il luogo dell'adempimento, che si manifestano le peculiarità delle obbligazioni pecuniarie. A seconda, infatti, che per l'esecuzione della prestazione sia stato o meno fissato un termine ed a seconda del luogo in cui deve essere eseguito il pagamento (domicilio del debitore, o di un terzo), anche il regime di decorrenza dei danni/interessi viene ad essere influenzato. L'identificazione, infatti, della situazione di inadempimento o per lo meno di ritardo nell'adempimento è strettamente dipendente dalle condizioni di fatto in cui l'obbligazione deve essere eseguita. Il tempo e il luogo dell'adempimento sono, a questo proposito, di primaria importanza.

Il fatto, ad esempio, che non sia stato preventivamente fissato alcun termine nel quale la prestazione debba essere eseguita (con le diverse possibilità che il termine sia rimesso alla volontà del creditore o del debitore, o debba essere stabilito in relazione alla natura dell'affare: art. 1183 c.c.) comporta specifiche conseguenze sui presupposti dell'esigibilità della prestazione. Parimenti, anche se il termine sia fissato, il luogo in cui la prestazione deve essere eseguita svolge un significato ed una funzione estremamente rilevante. A questo proposito si aggiungano i diversi orientamenti seguiti nelle diverse codificazioni nel favorire, almeno attraverso prescrizioni di diritto dispositivo, alcuni od altri presupposti per la definizione del ritardo dell'adempimento e quindi della mora e della conseguente obbligazione per i danni da ritardo.

4. (Segue). *Esperienza della codificazione francese.*

Nel codice napoleonico e in quello italiano del 1865, l'iniziativa del creditore appare ancora presupposto centrale ed indispensabile per il dispiegarsi degli effetti della mora nelle obbligazioni pecuniarie. Respingendo il principio "*dies interpellat pro homine*", il code Napoléon esigeva, per la costituzione in mora, la intimazione da parte del creditore (*sommation*) ed inoltre, quanto al luogo dell'adempimento, il debito veniva inteso come "querable" presso il domicilio del debitore (art. 1139). Il codice civile italiano del 1865 modificò solo in parte questi principi: se da un lato innovò il modello francese affermando che «il debitore è costituito in mora per la sola scadenza del termine» (art. 1223), dall'altro riconfermò l'obbligo del pagamento presso il domicilio del debitore (art. 1249). Basandosi sulla ribadita natura *querable* anche del debito pecuniario, la giurisprudenza, come è noto, giunse a ridimensionare fino a vanificarla l'innovazione del principio *dies interpellat pro homine*, contenuto nell'art. 1223, ritenendo che non fosse sufficiente la scadenza del termine di adempimento, bensì fosse pur sempre necessaria, per il dispiegarsi degli effetti della mora (decorrenza degli interessi), l'intimazione del creditore.

Per questa via si giunse a risultati analoghi a quelli della tradizione francese

in cui, imperando ancora il “*dies interpellât pro homine*”, indipendentemente dalla scadenza (infruttuosa) del termine, veniva richiesta per la decorrenza degli interessi moratori una formale costituzione in mora (*sommation*). La dottrina e la giurisprudenza italiana²⁶, basandosi sul dato empirico della necessità nei debiti *querable* (quali, appunto, erano considerati quelli di denaro dall’art. 1249, 2° comma) di un’attività, in senso lato, di collaborazione del creditore, che doveva recarsi al domicilio del debitore per esigere il pagamento, ritenne che senza il manifestarsi di un siffatto comportamento, nonostante la scadenza del termine, il debitore non potesse considerarsi in mora e che, conseguentemente, non potessero decorrere gli interessi moratori.

5. (Segue). Della codificazione tedesca.

Diverso fu, sempre nel secolo XIX, l’orientamento del legislatore tedesco. L’Allgemeines deutsche Handelsgesetzbuch del 1861 stabilì, infatti, per i debiti pecuniari, il principio del pagamento presso il domicilio del creditore, intendendo quindi il debito pecuniario come “Bringschuld” (debito *portable*)²⁷. La scelta fu, peraltro, il risultato di ben impegnative discussioni nella commissione di Norimberga, chiamata all’elaborazione del codice del 1861. Si temeva, in quella sede, che il riferimento al domicilio del creditore per il pagamento avrebbe potuto avere conseguenze di carattere processuale in relazione alla competenza. Si voleva, infatti, salvaguardare, da un lato, il principio generale “*actor sequitur forum rei*” e, dall’altro, evitare che il debitore potesse essere citato in giudizio presso un foro diverso da quello della sua residenza²⁸, ma infine prevalse la tesi della natura “portable” del debito pecuniario. Tale indirizzo fu successivamente seguito dal BGB. (§ 270), ove fu stabilito che (qualora non fosse altrimenti pattuito) il debitore a proprie spese ed a proprio rischio potesse effettuare il pagamento presso il domicilio del creditore. La previsione del principio “*dies inter-*

²⁶ Cfr. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, alla nota prec., 121; MESSA, *L’obbligazione*, cit., 135; RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*², VI, Torino, 1886, 261; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, Firenze, 1903-1925, 104.

²⁷ Cfr. art. 325 ADHGB.: «bei Geldzahlungen, mit Ausnahme der Auszahlung von indossabeln oder auf Inhaber lauten den Papieren, ist der Schuldner verpflichtet, wenn nicht ein Anderes aus dem Verträge oder aus der Natur des Geschäfts oder der Absicht der Kontrahenten hervorgeht, auf seine Gefahr und Kosten die Zahlung dem Glaubiger an dem Ort zu übermachen, an welchem der letztere zur Zeit der Entstehung der Forderung seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte. Durch diese Bestimmung wird jedoch der gesetzliche Erfüllungsort des Schuldners (art. 324) in Betreff des Gerichtsstandes oder in sonstiger Beziehung nicht geändert».

²⁸ *Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches*, 584, 588 ss., 1363 ss., 1371 ss.

pellat pro nomine” (§ 284, *Abs 2*), che stabiliva l'immediata costituzione in mora del debitore per il semplice decorso del termine senza bisogno di una intimazione da parte del creditore, non lasciava alcun dubbio sulla conseguente decorrenza immediata dal momento della scadenza degli interessi moratori previsti dal § 288.

6. (Segue). *La nuova disciplina del codice italiano secondo una valutazione storico-comparata.*

A questi orientamenti non fu indifferente il legislatore italiano del 1942 che, seguendo una tendenza già affermata nelle codificazioni del Novecento, definì come *portable* il debito di denaro (art. 1182, 3° comma). Inoltre, nel dare una nuova sistemazione alla normativa della *mora debendi*, venne confermato all'art. 1219, 2° comma, n. 3²⁹, il principio “*dies interpellat pro homine*” per tutte le prestazioni da eseguirsi presso il domicilio del debitore, mentre per le obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro fu, all'art. 1224, ribadito quello della decorrenza dal giorno della mora degli interessi. Non va taciuto che tale rielaborazione della materia della mora, operata nel codice civile del 1942, presenta un elevato livello di coerenza tecnica particolarmente nel coordinamento con altri aspetti della disciplina del diritto delle obbligazioni. Con notevole lucidità venne, infatti, individuato lo stretto legame tra il principio “*dies interpellat pro homine*” e la disciplina relativa al luogo del pagamento. La mora *ex re* del debitore è opportunamente prevista per tutte le prestazioni con scadenza certa che devono essere eseguite presso il domicilio del creditore, legando quindi o, meglio, facendo dipendere l'operatività del principio “*dies interpellat pro homine*” da quello del luogo del pagamento e, cioè, stabilendo la mora automatica del debitore solo nel caso in cui il debito fosse *portable*. L'art. 1219, a differenza del corrispondente § 284, *Abs 2*, BGB., non si limita ad una previsione generale, secondo la quale il decorso del termine per l'adempimento comporta automaticamente la mora del debitore, ma piuttosto specifica opportunamente il principio alle sole obbligazioni *portable*, cioè, secondo l'art. 1219, 2° comma, n. 3, a quei casi in cui «la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore». Erano evidentemente ben presenti al legislatore del 1942 le difficoltà che aveva trovato la precedente giurisprudenza nell'applicare il principio “*dies interpellat pro homine*” (art. 1223 c.c. 1865), in un sistema nel quale per luogo dell'adempimento veniva ancora indicato in via generale (comprendendovi anche le obbligazioni pecuniarie) il domicilio del debitore. Non si può infatti negare che le modalità, attraverso cui avviene l'adempimento della prestazione (se

²⁹ Cfr. per questo indirizzo anche l'art. 74 Obligationenrecht svizzero, e l'art. 321 del codice civile greco, costruito sul modello tedesco.

cioè presso il domicilio del debitore o del creditore), risultavano estremamente condizionate per l'operatività della mora *ex re*. La decorrenza del termine di scadenza può far ritenere inadempiente il debitore solo in quanto, a sua volta, il creditore si trovi nella condizione di poter lamentare la mancata esecuzione della prestazione dovuta. Di conseguenza, nei casi in cui per l'adempimento da parte del debitore sia anche prevista la collaborazione del creditore, la mancata iniziativa di quest'ultimo (ad esempio, nel nostro caso, il fatto che, pur essendo il debito *querable*, il creditore non si sia recato alla scadenza ad esigere la prestazione presso il domicilio del debitore) porta ad escludere l'inadempimento del debitore. È questo un dato empirico, di cui si è dovuto tener conto anche negli ordinamenti che con maggior decisione hanno affermato il principio "*dies interpellat pro homine*". Illuminante è il caso del citato § 284, Abs 2, BGB., che, pur escludendo espressamente la necessità di un'intimazione da parte del creditore (*ohne Mahnung in Verzug*) e prevedendo per tutte le obbligazioni, senza alcun cenno all'eventuale loro natura *querable* o *portable*, l'automatica messa in mora del debitore della scadenza, ha poi subito nell'interpretazione un opportuno ridimensionamento. La dottrina e la giurisprudenza hanno dovuto, infatti, procedere alle necessarie precisazioni in relazione a quei casi in cui l'attività di adempimento debba svolgersi in collaborazione con il creditore. Sono, infatti, questi i casi delle obbligazioni *querable* o della *Spezifikationskauf* (§ 375 HGB.) in cui, appunto, l'esecuzione della prestazione richiede il concreto svolgimento di un'attività che parte dal creditore e per le quali è stato, di conseguenza, escluso che il principio dell'automatica costituzione in mora, di cui al § 284, Abs 2, BGB., possa valere in assenza di un'iniziativa del creditore idonea a consentire la concreta esecuzione della prestazione dovuta³⁰.

Diversa risultava, nel vigore dell'abrogato codice, la disciplina dei debiti pecuniari nell'ambito dei rapporti commerciali. In base all'art. 31 c. comm., i debiti commerciali liquidi ed esigibili di somme di danaro si presumevano produttivi di interessi (indipendentemente da qualsiasi iniziativa del creditore). In questo settore del diritto delle obbligazioni, la tradizione voleva, infatti, che la "*pecunia mercatoris valet plus quam pecunia non mercatoris*"³¹. Di conseguenza, il fatto stesso che il debitore continuasse a godere oltre il termine di scadenza di una disponibilità pecuniaria giustificava il sorgere dell'obbligo al pagamento degli interessi che, in questo senso, rappresentavano il corrispettivo dovuto dal debitore per il godimento di un'effettiva o potenziale utilità economica. La diversità di ambito e di funzioni tra i principi, di cui agli artt. 1231 c.c. 1865 e art.

³⁰ Cfr. ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1958, 219 ss.; LÖWISCH, in VON STAUDINGER, *Staudingers Kommentar*¹¹, Berlin, 1961, sub § 284, Rdn 42, 136; ERMAN, *Handkommentar*, I, 1975, § 284, Rdn 24, 692; ed in giurisprudenza *Bundesgerichtshof*, 7-7-1971 (*Wertpapier-mitteilungen*, 1971, 1239).

³¹ Traiamo questo semplice ma significativo brocardo da VION, *L'intérêt legal depuis la loi du 11 juillet 1975* (*Répertoire du notariat Defrénois*, 1975, 1091).

41 c. comm., appariva, dunque, estremamente chiara: il primo era destinato a quantificare, sotto forma di interessi, i danni subiti dal creditore nel periodo successivo alla costituzione in mora, il secondo era destinato a quantificare sempre in termine di interessi quella onerosità che, in un mercato commerciale (contrassegnato, cioè, da caratteristiche speculative), tipicamente si accompagna alla disponibilità di danaro. Per molti versi analogo all'art. 41 c. comm., ed in ogni caso di notevole interesse al fine di poter meglio valutare la portata dell'art. 1282 del vigente codice, è il § 353 HGB. ("Kaufleute untereinander sind berechtigt, für ihre Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit an Zinsen zu fordern"). La decorrenza di pieno diritto (si potrebbe dire, usando un'espressione del codice italiano del 1942) nell'ordinamento tedesco, almeno nell'ambito dei rapporti giuridici tra commercianti, è collegata alla semplice scadenza. La rubrica del § 353, del resto, in coerenza con il pragmatismo tipico dell'ambiente tedesco, fa immediato riferimento all'avvenuta scadenza dell'obbligazione. Più che utilizzare, quindi, astratte e discutibili categorie come quelle degli interessi cosiddetti compensativi o corrispettivi, si parla più semplicemente di interessi su debiti scaduti ("Fälligkeitszinsen").

È su questo presupposto dell'avvenuta scadenza, come non manca di mettere in luce anche la contemporanea dottrina tedesca³², che in sostanza si fonda la peculiarità di questa fattispecie. L'appartenenza, sia del creditore che del debitore, alla categoria dei "Kaufleute" apre la possibilità alla decorrenza degli interessi sulla base del semplice presupposto dell'esigibilità del credito. Il legislatore del codice di commercio tedesco, dettando queste regole, non intendeva evidentemente fare riferimento agli interessi di mora. Una specificazione della regola, già dettata molto chiaramente nel BGB. per i commercianti, sarebbe stata a questo proposito del tutto inutile. Il § 284, *Abs 2*, BGB., infatti, dispone già per qualsiasi tipo di obbligazione (commerciale o civile), l'automatica messa in mora del debitore per decorrenza infruttuosa del termine, con la conseguente decorrenza degli interessi (§ 288, *Abs 1*). Il § 353 HGB. fa evidentemente riferimento ad un'altra ipotesi che, appunto nella sistematica tedesca, trova applicazione solo ed unicamente per i rapporti tra i commercianti. Si tratta, cioè, in questo caso, di debiti esigibili (in questo "fällig"), senza che il debitore possa essere considerato in mora. Sono, cioè, i casi in cui né un termine sia stato stabilito in modo certo ("nach dem calende bestimmt"), né un'intimazione ad adempiere sia stata posta in essere dal creditore. Tale potrebbe essere il caso in cui un determinato corrispettivo diviene esigibile per l'eventuale esecuzione della controprestazione (si pensi al caso dell'appaltatore che, una volta che è stata consegnata ed accettata l'opera dovuta, ha diritto al pagamento da parte del committente: nel diritto italiano art. 1665, 5° comma). Altre ipotesi potrebbero essere quei casi, già accennati precedentemente e presi in considerazione dalla dottrina

³² Cfr. HEFERMEHL, in SCHLEGELBERGER, *Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1939, § 353, Rdn 1 ss., 201 ss.

tedesca, in cui eccezionalmente le parti hanno attribuito all'obbligazione pecuniaria carattere *querable* e non *portable*, in cui – analogamente agli altri casi della *Spezifikationskauf* (§ 375 HGB.)³³ che, logicamente, però, non investono il campo delle obbligazioni pecuniarie – la decorrenza del termine di scadenza, sia pure “nach dem Kalender bestimmt”, non può comportare senza una concreta attività del creditore la messa in mora del debitore. Se nei rapporti tra soggetti civili, dunque, la semplice situazione di ritardo non può consentire la decorrenza dei danni-interessi, nei rapporti tra commercianti (“Kaufleute aus beiderseitigen Handelsgeschäften”), e solamente tra questi, decorrono interessi fondati non sulla situazione di mora ma, appunto, sulla semplice esigibilità ed oggettivo ritardo (“Fälligkeitszinsen”).

Il sistema complessivo della decorrenza degli interessi nel diritto tedesco appare, dunque, articolato nel seguente modo: *a*) in tutti i casi (e sono la maggioranza) in cui per l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria non si esige una specifica attività del creditore, la decorrenza del termine di adempimento comporta la mora del debitore (§ 284, *Abs* 1), con la conseguente immediata decorrenza degli interessi di mora (§ 288, *Abs* 1: questo principio, del tutto generale, si applica all'intero diritto delle obbligazioni, sia cioè ai rapporti commerciali che a quelli civili); *b*) nei casi in cui si verifica un'esigibilità della prestazione senza una contemporanea messa in mora del debitore, distinguibili, a loro volta, nelle seguenti ipotesi: 1) esigibilità della prestazione pecuniaria senza che sia scaduto un termine per l'adempimento (ad esempio, perché mai fissato); 2) scadenza di un termine prefissato, ma impossibilità di un'automatica messa in mora del debitore in relazione agli specifici meccanismi delle forme dell'adempimento da parte del debitore (necessità di un'iniziativa del creditore, debito *querable*, ecc.).

In questi ultimi casi, sia nell'ambito dei rapporti civili che nell'ambito dei rapporti commerciali, pur essendo la somma di danaro esigibile e pur trovandosi il debitore – almeno in determinati casi – in una situazione di ritardo, non si può parlare né di *mora debendi*, né di decorrenza di interessi moratori. In particolare, sempre un principio del tutto specifico ed interno alla logica del mercato e dell'ambiente commerciale (§ 352 HGB.) consente la decorrenza di interessi sostanzialmente basati sulla sola esigibilità di un debito nei rapporti tra commercianti. Quest'ultima particolare categoria di interessi non ha praticamente nulla a che fare con gli interessi moratori. Lo prova il fatto che la funzione risarcitoria è ad essi completamente estranea, in quanto la decorrenza ed il risarcimento dei *Fälligkeitszinsen* ex § 353 HGB., relativi ad una somma di danaro esigibile di un debito scaduto, certamente non legittima il commerciante a chiedere gli eventuali danni ulteriori ex § 288, *Abs* 2, BGB. In questo caso ed a questo fine si rende necessaria una specifica iniziativa del creditore che deve, evidentemente, realizzare con gli strumenti a questo scopo dovuti (intimazione, ecc.) la mes-

³³ V. *supra*, nota 2.

sa in mora del debitore e da questo momento sarà quindi possibile far valere anche gli altri eventuali danni.

L'attuale situazione della legislazione italiana a questo proposito si presenta del tutto peculiare. Quello italiano, infatti, è sostanzialmente uno dei pochi ordinamenti in cui ha avuto luogo l'unificazione delle obbligazioni commerciali e civili. Anche la disciplina complessiva della decorrenza degli interessi ne è rimasta influenzata. Nell'attuale sistema confluiscono quindi, inevitabilmente, elementi sia della passata tradizione, sia di una rinnovata prospettiva nel modo di intendere la complessiva dinamica dell'adempimento/inadempimento dell'obbligazione. Le novità introdotte nel 1942 furono senz'altro di rilevante portata. Il principio, di cui all'art. 1249, 2° comma del vecchio codice, è stato capovolto dall'art. 1182, 3° comma, che ha definito il debito di somme di danaro *portable*. Il venir meno, per via dell'unificazione del diritto delle obbligazioni, della separazione sistematica e delle fonti, ha comportato la generalizzazione o, meglio, l'estensione del principio della decorrenza degli interessi di pieno diritto a tutti i debiti pecuniari, ormai non più distinguibili in commerciali e civili. Definito all'art. 1182, 3° comma, il debito pecuniario *portable* e confermato l'altro principio, già accennato, del "*dies interpellat pro homine*" (art. 1219, 2° comma, n. 3), ne discende che, a differenza dell'abrogato sistema, la produzione degli interessi di mora vuole come unico presupposto la scadenza infruttuosa del termine, rendendo di conseguenza non più necessaria l'eventuale intimazione da parte del creditore.

Inoltre, il mantenimento e, potremmo dire, la contemporanea proiezione e generalizzazione, attraverso l'art. 1282, di quel principio – già sancito nell'ambito più specifico e più ristretto del codice di commercio (art. 41) – della decorrenza di pieno diritto degli interessi per tutti i debiti liquidi ed esigibili (non più distinti logicamente in commerciali o civili), ha reso assai problematica la distinzione tra la categoria degli interessi moratori e quella degli interessi corrispettivi.

Non a caso numerosi dubbi in ordine al coordinamento di queste due norme si sono manifestati nell'ambito della dottrina più critica, al punto che una delle più autorevoli voci a questo proposito, dopo un'indagine delle più accurate su questo tema, è giunta alla conclusione (alla quale aderiamo pienamente) che le tratte differenziazioni definitorie e funzionali tra i cosiddetti interessi corrispettivi e moratori sempre meno appaiono giustificate dalla nuova realtà legislativa prodottasi con il codice del 1942: «il terreno su cui opera l'art. 1282 è perfettamente corrispondente» – afferma questa dottrina – «a quello dell'art. 1224, dato che anche qui la legge considera la nascita del diritto agli interessi come una conseguenza automatica del ritardo, prescindendo del tutto dalla prova del danno»³⁴. La rinnovata disciplina del codice del 1942 sembra, d'altro canto, non contraddire questa interpretazione. La definizione del debito di danaro co-

³⁴ Cfr. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 159 ss.

me debito *portable* (art. 1183), la riaffermazione del principio “*dies interpellat pro homine*” (art. 1219, 2° comma, n. 3) inducono, infatti, a ritenere non necessaria l’intimazione da parte del creditore per la decorrenza degli interessi di cui all’art. 1224. Sia l’art. 1282 che l’art. 1224 trovano fondamento nell’esigibilità della somma di danaro e la decorrenza degli interessi rappresenta una conseguenza automatica del ritardo subito dal creditore nel godimento della somma dovutagli³⁵. Una parte considerevole della dottrina e della giurisprudenza continua, tuttavia, ad essere ancorata all’eredità del passato codice. Si sostiene, infatti, che un atto di intimazione da parte del creditore sia sempre necessario per stabilire il *dies a quo* per la decorrenza dei danni-interessi³⁶. Pesa su questo orientamento una tradizione sistematica che, quale generale presupposto della *mora debendi*, richiede l’imputabilità del ritardo al debitore. La costituzione in mora attraverso l’intimazione avrebbe la funzione di accertare una volta per tutte la non volontà, o meglio, la responsabilità del debitore per il mancato adempimento, con la rilevante conseguenza, quindi, che solo da quel momento si darebbe luogo all’attribuzione dei danni, nel nostro caso, espressa nella peculiare misura forfettaria degli interessi moratori. La tendenza ad assumere in modo accentuatamente soggettivo i presupposti della responsabilità contrattuale – tipica della dottrina italiana almeno fino al primo conflitto mondiale quando si manifestarono le prime revisioni critiche, particolarmente quelle dell’Osti³⁷ – portò a concepire il concetto di mora come strettamente collegato a quello della colpa: cioè, per riprendere una felice formula della giurisprudenza degli ultimi decenni del secolo, come un’ingiusta *dilatio*³⁸. Anche l’obbligazione pecuniaria, nonostante fosse più difficilmente assimilabile alle normali prestazioni di dare, fu valutata con un siffatto metro. Spinsero in questa direzione, da un lato, la mancata revisione nel codice del 1865 della natura *querable* dell’obbligazione pecuniaria e, dall’altro, la decisa convinzione che fosse rilevante, per una qualificazione

³⁵ In questo senso, secondo M. GIORGIANNI, *op. cit.*, alla nota prec., 161, anche gli interessi previsti dall’art. 1282 sarebbero da ricomprendere tra gli interessi moratori.

³⁶ Cfr. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*², sub artt. 1218-1229, cit., 189 e 287; BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, 36 ss.; e nella giurisprudenza Cass., 17-5-1969, n. 1709, *MFI*, 1969 e Cass., 18-5-1965, n. 955, *ivi*, 1965. Accenti diversi è dato cogliere in altre pronunce: Cass., 10-7-1973, n. 1992, *MFI*, 1973; Cass., 29-10-1965, n. 2309, *ivi*, 1965; Cass., 16-3-1964, n. 584, *GI*, 1965, I, 1, 497; e così pure nella dottrina LIBERTINI, *op. cit.*, 104.

³⁷ Ricordiamo i significativi saggi di Osti sull’impossibilità della prestazione, sulla clausola «*rebus sic stantibus*» sulla sopravvenienza, adesso raccolti in OSTI, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, 4 ss.; per l’altro contrapposto indirizzo ci limitiamo a ricordare COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Roma, 1914, 372 ss.

³⁸ Così A. Bologna, 17-7-1876, *GI*, 1877, I, 2, 206, in cui chiaramente si affermava «che non vi è mora senza colpa»; in questo senso cfr. anche A. Torino, 7-7-1883, *RFI*, 1883, *Responsabilità civile*, n. 52.

quale *mora debendi*, solo il «ritardo non scevro da colpa nell'adempimento»³⁹. L'influenza di tale tradizione fa ancor oggi sentire il suo peso. Almeno parte della dottrina italiana contemporanea, infatti, nello stabilire i presupposti della mora nelle obbligazioni pecuniarie, tende a subordinare la decorrenza degli interessi all'effettiva costituzione in mora da parte del creditore. Gli interessi moratori presuppongono, secondo siffatto orientamento, un ritardo colpevole che, nel caso delle obbligazioni pecuniarie, deve manifestarsi attraverso il dato formale dell'intimazione ad adempiere. Questo, afferma una recente autorevole dottrina, «è necessario perché la sua mancanza giustifica socialmente la presunzione che l'attesa del debitore sia tollerata. Mancando tale dato formale, in definitiva, manca la stessa situazione sostanziale del ritardo imputabile»⁴⁰. Affermazioni come queste, in realtà, sono molto comuni in altri contesti giuridici. Lo scopo della messa in mora, affermava una dottrina francese, è quello «essentiellement de porter à la connaissance du débiteur que le créancier a intérêt à une exécution immédiate du contrat la simple échéance du terme ne suffit pas à constituer le débiteur en demeure: le silence du créancier, s'interprétant en faveur du débiteur, vaudra pour celui-ci prorogation tacite indéfinie du terme»⁴¹. Ma l'analogia delle argomentazioni appare, in questo caso, il più efficace segno dell'improponibilità di una siffatta tesi nel nostro ordinamento. Si deve, invero, tener conto del fatto che il sistema francese risulta a questo proposito ormai lontano e talora, nei principi di fondo, opposto a quello italiano: persistente tenace presenza del *favor debitoris* come motivo ispiratore, immutata vigenza del principio *dies interpellat pro homine*, conseguente imprescindibile necessità dell'intimazione del creditore ai fini della messa in mora (*sommation*: art. 1139)⁴².

La fedeltà di parte, tutt'altro che irrilevante, della nostra dottrina e giurisprudenza a siffatti orientamenti concettuali (che, per comodità, possiamo indicare con la formula ormai classica del *favor debitoris*), pur in presenza di notevoli modificazioni dell'ordinamento italiano del diritto delle obbligazioni, va probabilmente motivata non soltanto in relazione al peso di una tradizione ottocentesca che fu propria anche delle nostre prime codificazioni (almeno civilistiche), ma anche in relazione al fatto che le obbligazioni, che hanno per oggetto la prestazione di una somma di danaro, sono sempre state considerate assieme a quelle aventi per oggetto la prestazione di una cosa nell'ambito della più ampia e

³⁹ Così MESSA, *L'obbligazione*, cit., 150; cfr. anche MONTEL, *La mora del debitore. Requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano*, Padova, 1930, 116 ss., 235 ss.

⁴⁰ Così BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*², sub artt. 1218-1229, cit., 340.

⁴¹ Così DAVID, nell'ampio saggio *De la mise en demeure*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1939, 107; cfr., inoltre, WEILL, *Dommages-intérêts compensatoires et mise en demeure* (*ibidem*, 203 ss.).

⁴² Cfr. per tutti CARBONNIER, *Droit civil*¹⁰, III, Paris, 1974, 276 ss.; v. inoltre, a questo proposito, BENATTI, *op. cit.*, 188 ss., al quale, peraltro, rinviamo per più ampi riferimenti relativi al diritto francese.

distinta categoria delle obbligazioni di dare, così lasciando inevitabilmente in ombra le specifiche peculiarità delle obbligazioni pecuniarie. La prima responsabilità è da attribuirsi al legislatore in quanto, come più volte è stato osservato, la disciplina del diritto delle obbligazioni (e, noi aggiungeremmo, le relative costruzioni concettuali della dottrina) ha, consapevolmente o meno, assunto come modello assorbente la prestazione di dare cosa certa e determinata⁴³. L'adempimento attraverso la prestazione di una somma di danaro non ha, infatti, assunto mai una specifica autonomia nel nostro sistema. Diversamente in altri ordinamenti: il BGB., ad esempio, distingue inequivocabilmente tra *Leistungsort* (§ 269) e *Zahlungsort* (§ 270) operando, dunque, tra adempimento e pagamento una differenza non solo di disciplina, ma anche tecnico-sistematica. Non è un caso, d'altro canto, che siffatta distinzione, tra la prestazione di una somma di danaro e tutte le altre prestazioni, sia avanzata nel codice tedesco a proposito del luogo dell'esecuzione. Questa disciplina svolge, infatti, un ruolo tutt'altro che marginale. Abbiamo già visto come alla qualifica di *querable* o *portable* del debito, e cioè al fatto che fosse il creditore a doversi recare presso il domicilio del debitore per ricevere il pagamento o viceversa, la dottrina e la giurisprudenza nel vigore del passato codice abbiano collegato l'effettiva operatività della mora *ex re* e, quindi, la stessa efficacia del principio "*dies interpellat pro homine*". Anche nella disciplina vigente, del resto, l'iniziativa del creditore resta, con riguardo all'adempimento delle obbligazioni, un presupposto sicuramente dominante. All'art. 1182, 4° comma, infatti, la regola generale (o residuale), dopo tutte le particolari disposizioni contenute ai commi precedenti, è pur sempre quella dell'adempimento presso il domicilio del debitore al tempo della scadenza. Inoltre, per quelle obbligazioni in cui l'esecuzione dell'obbligazione si realizza con consegna, l'iniziativa del creditore nell'adempimento (tranne patti contrari) è un elemento quasi tipico. Nei casi in cui si tratti di cosa certa e determinata, il luogo della consegna (che, *ex art.* 1182, deve essere quello in cui si trovava la cosa quando è sorta l'obbligazione) molto difficilmente potrà coincidere con il domicilio del creditore e molto più facilmente coinciderà, al contrario, con quello del debitore o sue sedi secondarie. Analogamente per le cose determinate solo nel genere. Qui l'adempimento si identifica con il passaggio di proprietà. Ma questo specifico effetto del trasferimento si raggiunge attraverso l'individuazione della *res* generica fatta d'accordo tra le parti (sempre che queste non abbiano diversamente pattuito) e, quindi, evidentemente con una contemporanea presenza nel luogo dell'adempimento del creditore e del debitore (disposizione questa, peraltro, estremamente garantistica per il creditore).

L'esigenza che accanto all'attività del debitore si manifesti anche quella del creditore, la quale, appunto, il più delle volte si estrinseca in specifiche iniziati-

⁴³ Cfr. M. GIORGIANNI, «Obbligazione (diritto privato)», in *NN.D.I.*, XI, Torino, 1965, 598; DI MAJO, *Obbligazioni e contratti*, Roma, 1978, 95 ss.; RESCIGNO, «Obbligazioni (nozioni generali)», in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 48.

ve, fa sì che tutti questi casi (e sono tutt'altro che marginali) restino inevitabilmente fuori della portata dei principi stabiliti dall'art. 1219, 2° comma, per la mora *ex re*. Il decorso del termine, infatti, non accompagnato da un'attività del creditore, può a ragione, in queste ipotesi, legittimare la presunzione che il ritardo del debitore sia tollerato. È quindi intuibile per quali vie si giunga a ritenere ancora necessaria nelle obbligazioni pecuniarie l'interpellazione del creditore. L'aver continuato a concepire le obbligazioni pecuniarie nell'ambito delle obbligazioni di dare ha senz'altro favorito concettualmente questa tendenza; la presenza di una parallela ma distinta disciplina per gli interessi moratori e corrispettivi ha fornito la giustificazione sistematico-normativa; la non sufficiente chiarezza di espressioni, quali quelle utilizzate nell'art. 1224 («sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali»), ha aperto la porta all'individuazione di presunti referenti letterali per la riaffermazione della necessità della *sommatio* al fine di stabilire il *dies a quo* per la decorrenza degli interessi⁴⁴. Questa tradizione continua a svolgere una non marginale influenza anche su quella dottrina che, recentemente, ha sottoposto ad una profonda revisione la distinzione tra interessi moratori e corrispettivi. Pur ricomprendendo, infatti, gli interessi di cui agli artt. 1224 e 1282 nell'ambito degli interessi moratori, viene tuttavia ribadita una differenziazione, per lo meno di presupposti, tra le due norme, consistente nel fatto che, se pure in entrambi i casi gli interessi sono lo strumento cui far fronte allo svantaggio economico subito dal creditore per la mancata disponibilità del danaro alla scadenza⁴⁵, nel caso dell'art. 1282 questi sarebbero dovuti oggettivamente, e cioè per il semplice ritardo in se stesso, mentre, nel caso dell'art. 1224, in quanto il ritardo sia effettivamente imputabile al debitore⁴⁶. Ne consegue, secondo questa dottrina, che, allorquando si verifichi una causa che impedisce al debitore il pagamento, diverse dovrebbero essere le conseguenze. Nel primo caso (art. 1224), in base alla generale disciplina della responsabilità per inadempimento, il debitore incolpevole non sarà tenuto al risarcimento del danno e quindi agli interessi moratori; nel secondo caso (art. 1282), indipendentemente dall'imputabilità il debitore sarà comunque obbligato agli interessi, salvo che non provi che il medesimo evento, che gli ha impedito il pagamento, abbia anche impedito di trarre vantaggio dal ritardo (in quanto, in altre parole, gli ha reso impossibile il godimento della somma di danaro).

Ma il particolare significato che la nozione di imputabilità assume nelle obbligazioni pecuniarie (come, del resto, riconosce anche la citata dottrina)⁴⁷ ci induce a nutrire qualche dubbio in ordine a questa differenziazione ed a sostenere piuttosto che i reali elementi di distinzione, oltre a quello storico sopra ac-

⁴⁴ Cfr. DI MAJO, *Svalutazione monetaria e crediti di lavoro* (RGL, 1975, II, 57); BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*², sub artt. 1218-1229, cit., 174 ss.

⁴⁵ Cfr. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 161, 166.

⁴⁶ Cfr. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, alla nota prec., 166.

⁴⁷ Cfr. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, alla penultima nota, 167.

cennato, siano da identificare, come vedremo, in specifici elementi funzionali⁴⁸. Se è vero, infatti, che in base all'art. 1224 il debitore incolpevole non sarà tenuto ex art. 1218 al risarcimento del danno (interessi moratori), non si vede perché, nel caso in cui in costanza di un impedimento al pagamento il debitore abbia tratto profitto dalla disponibilità della somma dovuta, si debba escludere la decorrenza degli interessi (questa volta sotto il titolo formale di interessi corrispettivi), dovuti appunto in relazione alla disponibilità di una somma di danaro liquida ed esigibile, cioè scaduta, ma, concretamente, per qualsiasi contingente impedimento, non trasferibile al creditore.

In sostanza, ci troviamo di fronte ad ipotesi che, invece di contrapporsi, si integrano a vicenda e, rispetto alle quali, la disposizione dell'art. 1282 svolge la funzione di principio generale tale da abbracciare anche la fattispecie dell'art. 1224, la cui presenza si giustifica prevalentemente per la descritta risalente tradizione storica. Da entrambe le norme si può, infatti, dedurre il seguente principio unitario: allorché un fatto non imputabile impedisce il pagamento alla scadenza, il debitore: *a*) nel caso dell'art. 1282 non deve gli interessi quando lo stesso evento gli abbia impedito il godimento⁴⁹ della somma e deve gli interessi qualora, al contrario, abbia goduto della somma; *b*) nel caso dell'art. 1224 non deve gli interessi, data la non imputabilità dell'inadempimento (secondo l'esimente generale ex art. 1218), ma deve gli interessi, appunto in base al generale principio dell'art. 1282, quando, al contrario, pur non essendo a lui imputabile il ritardo, abbia ugualmente goduto della somma, in relazione cioè alla disciplina ormai di diritto comune della producibilità di pieno diritto degli interessi nei crediti liquidi ed esigibili di somme di danaro. Il principio cardine che, quindi, esce vittorioso è quello della decorrenza di pieno diritto degli interessi in tutti quei casi in cui si verifichino i presupposti meramente potenziali perché questa produttività effettivamente si sviluppi e, cioè, l'astratta disponibilità della somma di danaro. La comparazione con altri sistemi centrali nell'esperienza giuridica europea conduce, d'altro canto, alla medesima conclusione. Riguardo ai presupposti e alla decorrenza degli interessi moratori, il § 284 BGB., nell'affermare il principio "*dies interpellat pro homine*", riferisce alla scadenza infruttuosa del termine (quando si tratti di termine certo) il sorgere dello stato di mora del debitore, espressamente escludendo la necessità di un'intimazione da parte del creditore ("*ohne Mahnung in Verzug*"). La decorrenza, quindi, nelle obbligazioni pecuniarie degli interessi dal giorno della mora, sempre che sia la scaden-

⁴⁸ In ordine a specifici problemi che non possiamo in questa sede affrontare, quali quelli relativi alla liquidità del debito, la distinzione tra le due disposizioni (artt. 1224 e 1282) sembra ancora giustificata: cfr. LIBERTINI, *op. cit.*, 104 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 163 ss.

⁴⁹ Parliamo logicamente di godimento in senso atecnico, intendendolo come l'indiretto vantaggio, sia pure meramente potenziale, che il debitore trae dalla disponibilità stessa del danaro, o meglio, in questa situazione, dal fatto che, sia pure per un fortuito non imputabile, si astiene dal pagare alla scadenza; cfr. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, alla nota prec., 160.

za dell'obbligazione "nach dem Kalender bestimmt", non ha costituito motivo di contrasto nella giurisprudenza e nella dottrina⁵⁰, che, dunque, consapevolmente tendono a collocare unitariamente la mora accanto alle altre ipotesi di decorrenza degli interessi⁵¹. La producibilità di questi trova in Germania una disciplina parallela nel BGB. e nel HGB. in cui principi sostanzialmente comuni ai due sistemi trovano, nei diversi ambiti, gli opportuni adattamenti. Mentre, infatti, il § 246 BGB. stabilisce un saggio degli interessi del 4%, il § 352 HGB. lo fissa nell'ordine del 5%. A sua volta, il principio generale relativo ai danni-interessi di mora nelle obbligazioni pecuniarie che, correttamente da un punto di vista sistematico, è stabilito nel BGB. (§ 288), subisce nell'HGB. un adattamento per quanto riguarda la misura (non il 4%, ma il 5%: § 352). D'altro canto, nel § 353 HGB. viene ancora prevista la decorrenza degli interessi dalla scadenza nei rapporti negoziali tra commercianti (beiderseitigen Handelsgeschäften), enunciando un principio, quindi, che sostanzialmente avrebbe il suo corrispondente nel combinato-disposto dei § 284, Abs 2, e § 288 BGB. In realtà, pur non sussistendo dubbi che in entrambe le ipotesi si tratterebbe di produzione degli interessi dalla scadenza (§ 284, Abs 2, BGB.: zu der bestimmten Zeit; § 353 HGB.: vom Tage der Fälligkeit), probabilmente in questo caso quella distinzione, in ordine all'adempimento non imputabile che, come abbiamo visto, in Italia è stata avanzata in relazione agli artt. 1224 e 1282, troverebbe, anche se fondata su basi ben diverse, giustificazione nel sistema tedesco. Quel debitore che per un evento non imputabile non avesse potuto pagare alla scadenza, esonerato logicamente dagli interessi moratori, allorquando avesse potuto (nel senso sopra illustrato) trarre, comunque, vantaggio dal ritardo, sarebbe obbligato a quelli corrispettivi solo nell'ipotesi in cui si realizzassero, nella fattispecie concreta, tutte le condizioni di cui al § 353 HGB.: appartenenza di entrambi (creditore e debitore), alla categoria dei commercianti ("Kaufleute") e appartenenza delle loro pretese ad un «beiderseitigen Handelsgeschäften». In quest'ambito, ancora caratterizzato dalla duplicazione dei codici, la previsione degli interessi corrispettivi mantiene una sua specificità, non tanto fondata sulla diversa natura degli interessi, quanto sulla perdurante separazione delle obbligazioni civili e commerciali. Al contrario, in un sistema che, come il nostro, ha visto ormai scomparire siffatta distinzione normativa e sistematica, le due previsioni degli artt. 1282 e 1224, se si prescinde dagli aspetti più strettamente (ma anche – diciamolo pure – più astrattamente) sistematico-funzionali, finiscono per apparire come sovrapposte tanto nelle premesse (scadenza infruttuosa del termine), quanto negli effetti (produzione degli interessi in tutti i casi in cui il debitore tragga un astratto potenziale

⁵⁰ Cfr. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1981, § 284, Rdn 4, 313; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*⁹, I, München-Berlin, 1968, 281 ss., 289; CANARIS, in Schlegelberger, *Handelsgesetzbuch*, § 352, Rdn 1, 415; LÖWISCH, in Von Staudinger, *Staudingers Kommentar*¹¹, cit., § 284, Rdn 50, 138; ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 220.

⁵¹ Tra tutti il più significativo, HEFERMEHL, *op. cit.*, § 352, Rdn 7, 8, 190.

vantaggio dal pagamento ritardato della somma di danaro). Nell'ordinamento tedesco, lo schema della distinzione delle obbligazioni civili da quelle commerciali relega la «normale produttività del danaro» in un ambito, se non eccezionale, almeno peculiare e specifico, quale appunto quello commerciale. In quello italiano, invero, la situazione si presenta certamente più avanzata, ma sicuramente anche più contraddittoria e, in un certo senso, rivela qualche perdurante incertezza sia, probabilmente, nel legislatore, sia, non raramente, nella dottrina, sia, diffusamente, nella giurisprudenza.

Se infatti, da un lato, l'estensione attraverso il nuovo art. 1282 del vecchio principio, di cui all'art. 41 c. comm., a tutte le obbligazioni segna indubbiamente la recezione generalizzata del principio della produttività del danaro in tutto il campo del diritto privato, dall'altro, la non felicissima scelta espressiva dell'art. 1224, in relazione alla decorrenza degli interessi moratori «dal giorno della mora»⁵², e soprattutto un'interpretazione talora tenacemente legata a concezioni tradizioni concettuali hanno portato a rendere, come abbiamo visto, talvolta difficile la comprensione del rispettivo significato dei due articoli in parola, fino a rendere ormai assai difficile la comprensione di siffatta distinzione normativa⁵³.

⁵² Secondo una diffusa interpretazione, l'espressione «dal giorno della mora» andrebbe intesa come un richiamo agli strumenti e alle procedure classiche della costituzione in mora: la *sommatio*. Questa opinione viene efficacemente respinta dal M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 142, il quale acutamente rileva che tale interpretazione appare quanto meno contraddittoria, in quanto solo nel caso dell'art. 1224 il vocabolo «mora» viene così interpretato e mai nel caso, ad esempio, dell'art. 1221 (che dispone il passaggio del rischio per il debitore in mora) è stata sostenuta la necessità della costituzione in mora.

⁵³ Un sostanziale avvicinamento delle due categorie degli interessi corrispettivi e moratori è stato indirettamente operato dal C. St., Ad. plen., 7-4-1981, n. 2 (*FI*, 1981, III, 429 ss.), che è venuta a riconoscere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie in tema di interessi moratori delle somme dovute ai dipendenti della pubblica amministrazione. La decisione citata del Consiglio di Stato si ascrive all'interno di un più ampio processo di revisione di quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa teso a riconoscere la decorrenza degli interessi sulle somme dovute dalla pubblica amministrazione solo dal momento dell'emissione del titolo di spesa (mandato di pagamento), in quanto solo da questo momento il debito pecuniario avrebbe acquistato i caratteri della liquidità ed esigibilità [ma il processo di revisione era da tempo cominciato: cfr. Cass., 3-3-1979, n. 1317 (*RFI*, 1980, *Contabilità dello Stato*, n. 39); Cass., 19-1-1979, n. 391 (*ivi*, 1979, *voce cit.*, n. 31); Cass., 4-6-1980, n. 3632 (*RFI*, 1980, *voce cit.*, n. 40); Cass., 29-3-1980, n. 2065 (*ibidem*, *voce cit.*, n. 41)]. Secondo questo orientamento l'attribuzione degli interessi moratori, presupponendo una valutazione della colpa del debitore, avrebbe comportato la trattazione di una questione consequenziale della quale, in base ad un noto principio di diritto amministrativo, avrebbe potuto avere la competenza solo il giudice ordinario e non quello amministrativo. In realtà, proprio un'accurata indagine della natura, dei presupposti e dell'origine storica degli interessi corrispettivi e moratori induce il Consiglio di Stato a ricondurli in sostanza alla stessa radice [«vantaggio del debitore e danno del creditore appaiono così – come realmente sono in un'economia creditizia – fenomeni speculari. Sicché la posizione rispettiva degli interessi moratori e di quelli corrispettivi si presta ad essere rovesciata e quella distinzione è divenuta tralattizia dopo che il nuovo codice ha adeguato il regime degli interessi legali al principio di corrispettività, secondo le esigenze e le idee di una società caratterizzata da un ampio mercato del danaro e

7. Distinzioni normativo-funzionali tra i cosiddetti interessi corrispettivi e moratori.

In realtà, gli elementi di differenziazione tra le due fattispecie vanno ricercati nei diversi presupposti per la decorrenza degli interessi. L'attuale art. 1282 c.c., come abbiamo visto, trova la sua origine nel precedente art. 41 c. comm. che, in sostanza, svolgeva la stessa funzione dell'ancora vigente e già analizzato § 353 HGB.: esso stabiliva il principio della producibilità degli interessi nei rapporti commerciali indipendentemente dalla mora e sulla base della semplice esigibilità del credito. Le difficoltà discendono dal fatto che la riforma del 1942 ha incisivamente ridimensionato almeno le più evidenti e significative caratteristiche di quella fattispecie. Il tramonto di un separato sistema commerciale e civile ha comportato il venir meno della prima peculiarità, quella, potremmo dire, fondata su requisiti di natura soggettiva della fattispecie, rendendo in sostanza il principio applicabile all'intero diritto delle obbligazioni. L'aver reso, d'altro canto, più agili e sicuramente improntati ad un più moderno automatismo i meccanismi della messa in mora del debitore pecuniario, e, quindi, della decorrenza degli interessi moratori, ha ancor più significativamente contribuito alla riduzione della distanza e delle differenze tra le due fattispecie. Nel passato regime, l'infruttuosa decorrenza del termine di pagamento, in mancanza di un'intimazione del creditore, dava luogo alla produzione degli interessi solo nel caso in cui si trattava di un «rapporto oggettivamente commerciale», non in quanto il debitore fosse in mora, ma in quanto, appunto, la pura esigibilità della somma di danaro tra commercianti comportava la produzione di interessi. Attualmente, al contrario, grazie alla nuova normativa, questa ipotesi è già un'ipotesi di mora *debendi* automatica del debitore pecuniario con la conseguente produzione degli interessi. Invero, se pur la gran parte del campo d'applicazione di queste due norme appare sovrapposto e, se non sempre nei presupposti almeno nell'articolazione delle varie fattispecie, coincidente, va anche riconosciuto che alcuni specifici casi possono essere ricompresi unicamente nel campo di applicazione dell'art. 1282 e non dell'art. 1224. Sono queste, in sostanza, quelle ipotesi, cui abbiamo già accennato nel prendere in considerazione l'art. 41 c. comm. ed il § 353 HGB., in cui si verifica un'esigibilità o un ritardo nel pagamento senza una corrispondente situazione di mora. La differenza rispetto al passato sistema risiede nel fatto che precedentemente – dato il descritto principio della messa in mora di tradizione francese ca-

dei crediti»: C. St., Ad. plen., 7-4-1981, n. 2 (*FI*, 1981, III, 436)], ridimensionando assai profondamente quindi i presupposti della tesi precedentemente affermata secondo la quale la domanda di interessi moratori prospetterebbe una questione consequenziale (di competenza del giudice ordinario) cioè ulteriore, indipendente ed autonoma rispetto a quella principale (di competenza del giudice amministrativo). Sul punto v. anche C. St., sez. VII, (ord.) 30-1-1981, n. 10 (*FI*, 1981, III, 429 ss.); Cass. S.U., 27-6-1981, n. 4184 (*ibidem*, I, 2156); Cass. S.U., 18-6-1981, n. 3968 (*ibidem*, 2157); Cass. S.U., 10-6-1981, n. 3758 (*ibidem*, 2158).

ratterizzato dalla necessità di un'iniziativa del creditore (secondo l'allora vigente regola del pagamento presso il domicilio del creditore) – i casi di debito scaduto, ma non in mora, erano certamente molto più frequenti. Attualmente, gli automatismi previsti dal combinato disposto degli artt. 1182 ss., 1219, 2° comma, n. 3, e 1224 assorbono queste ipotesi, ma certamente si può ancora verificare, ad esempio, il caso di un'obbligazione pecuniaria definita *querable* pattizamente, per la quale la scadenza del termine, non assistita da un'idonea tempestiva richiesta del creditore, se pur non comporta la mora del debitore (esclusione, quindi, degli interessi moratori), bensì comporta, appunto in relazione alla situazione di esigibilità e di ritardo nel pagamento rispetto ad un termine già scaduto, la decorrenza degli interessi di cui all'art. 1282⁵⁴. Analogamente potrebbe accadere per somme di danaro divenute esigibili senza che sia decorso o sia mai stato previsto un termine per l'adempimento (quale, ad esempio, il corrispettivo pecuniario divenuto esigibile per l'appaltatore dopo la consegna e l'accettazione da parte dell'appaltante dell'opera commessa: art. 1665, 5° comma). Il legislatore del 1942 sembra, in sostanza, aver creato – dato il confluire di tradizioni e di diversi obiettivi di politica legislativa – un sistema di decorrenza degli interessi che si potrebbe descrivere geometricamente come formata da cerchi concentrici, uno più ampio, rappresentato dall'art. 1282, e uno più ristretto, rappresentato dall'art. 1224. I presupposti di applicazione di quest'ultimo valgono, infatti, anche per il primo, mentre in alcuni casi i presupposti del primo non valgono per il secondo. Il risultato è certamente quello di un inevitabile appiattimento della specificità delle due norme, né ci sembra che, da questo punto di vista, si possa continuare a giocare tutta la capacità di distinzione sulle differenze terminologiche che, in modo sempre più evidente, appaiono più il frutto di una particolare tradizione dogmatica che il risultato di una precisa ed opportuna descrizione espressiva dell'attuale realtà normativa (alla terminologia italiana di interessi corrispettivi comunque preferiamo quella tedesca di “Fälligkeitszinsen”, a nostro avviso più efficace e meno astratta). La definizione degli interessi moratori mantiene, d'altro canto, una notevole importanza quale qualificazione della situazione di ritardo nel pagamento del debitore come inadempimento e quindi come mora. Da questa premessa dipendono, infatti, com'è noto, specifiche importanti conseguenze, quali, ad esempio, la possibilità di far valere il maggior danno ex art. 1224, 2° comma.

8. Il danno nelle obbligazioni pecuniarie.

L'art. 1224 c.c., sulla cui origine e derivazione abbiamo già avuto modo di soffermarci, nello stabilire il regime del danno nelle obbligazioni pecuniarie,

⁵⁴ Cfr., in questo senso, ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja e Branca*, sub artt. 1277-1284, cit., 588.

comprende due criteri, rispettivamente stabiliti al 1° ed al 2° comma dell'articolo citato. Il primo è quello della liquidazione forfettaria del danno nella misura stabilita dalla legge o dalle stesse parti del rapporto obbligatorio per determinare la misura del danno.

Ne consegue che il debitore moroso dovrà necessariamente prestare una somma non inferiore agli interessi legali, cui l'articolo in parola fa espressamente riferimento, indipendentemente dal fatto che gli interessi fossero o meno già dovuti precedentemente ed indipendentemente dalla prova del creditore di aver sofferto alcun danno.

Il primo principio della decorrenza degli interessi moratori, indipendentemente dal fatto che precedentemente fosse prevista una qualche forma di decorrenza degli interessi, è la logica conseguenza della natura risarcitoria di questi interessi e, con essa, del fatto che, se la loro decorrenza potesse in qualche modo essere esclusa, verrebbe addirittura meno, nelle obbligazioni pecuniarie, il carattere cogente ed imperativo dell'obbligo di adempimento. Infatti per il debitore risulterebbe del tutto indifferente adempiere alla scadenza o in ritardo, in quanto appunto nessuna sanzione (e cioè nessun interesse) si accompagnerebbe al ritardo nell'inadempimento. Il secondo principio, della non necessità per il creditore di fornire la prova del danno subito, è la naturale conseguenza del processo di forfetizzazione descritto, che ha dovuto accompagnare la tipologia di tali obbligazioni, mentre, nella sostanza, tale principio abbraccia la quasi totalità dei rapporti obbligatori.

L'espresso richiamo della non necessità per il creditore di fornire la prova del danno subito è, inoltre, rilevante per rafforzare definitivamente il carattere forfettario ed escludere che l'eventuale prova contraria fornita dal debitore, cioè che il creditore non ha in sostanza subito alcun danno dal ritardo, possa escludere l'obbligo della corresponsione degli interessi moratori, i quali, al contrario, si debbono accompagnare, quale accessorio necessario, ad ogni debito pecuniario pagato in ritardo dopo la scadenza del termine.

La previsione della risarcibilità del danno ulteriore o maggiore, come lo definisce l'articolo in parola, è costruita secondo la consueta disciplina, di cui al precedente art. 1223 c.c., della dimostrazione del danno subito da parte del creditore. Questi, infatti, secondo il tradizionale e risalente indirizzo giurisprudenziale e dottrinario, avrebbe dovuto dare la specifica prova che, se avesse ricevuto alla scadenza la somma di danaro, avrebbe evitato il danno causato dalla sopravvenuta inflazione o, comunque, da una diminuzione delle possibilità di destinare utilmente la somma di danaro (vantaggioso acquisto immobiliare per il quale già esisteva un contratto preliminare e che il creditore pecuniario non ha potuto adempiere perché gli è venuta a mancare proprio quella liquidità alla quale avrebbe avuto diritto se il debito pecuniario fosse stato adempiuto al termine stabilito, ecc.). È sul finire degli anni Settanta del secolo scorso, nel corso di una profonda crisi inflattiva che caratterizzò le economie dell'area del dollaro e tra queste in particolare la nostra economia, che la Cassazione ha dato vita ad

una delle più imponenti revisioni, in via giurisprudenziale, della disciplina dell'individuazione e quantificazione del danno da inflazione finendo per creare, in materia, un nuovo diritto, tutto di origine giurisprudenziale, nel quale per la prima volta in modo quanto mai ampio e dispiegato sono stati sviluppati ed utilizzati tutti gli strumenti argomentativi-probatori atti a fornire fondamento ad un'interpretazione giurisprudenziale, chiaramente contrassegnata dalla consapevolezza ed ambizione di fornire una vera e propria disciplina che si ponesse come ampliativa ed innovativa rispetto a quella più ristretta e probabilmente obsoleta del codice civile. L'importanza e la rilevanza di tale giurisprudenza è da collocare con molta probabilità anche al di là dello stretto argomento del danno da inflazione in quanto la metodologia (che si può indicare), come argomentazione costruita per presunzioni, è stata poi ampiamente utilizzata e sviluppata anche in altri settori, quali, per citarne solo alcuni, quello della revocatoria fallimentare, della dilatazione di nuove figure di danno (biologico, ecc.).

9. Il problema del maggior danno.

Il metodo scelto dai legislatori europei all'inizio del secolo scorso nel costruire il sistema di valutazione-quantificazione del danno da ritardo nel debito pecuniario fu, come abbiamo visto, quello di una liquidazione in misura forfetaria, attraverso, cioè, l'attribuzione al creditore di interessi in una misura aprioristicamente fissata dal legislatore. Congiurarono per questa scelta diversi fattori: da un lato, la difficoltà di dare spazio ad una valutazione specifica dei danni da ritardo in obbligazioni, quale quelle pecuniarie, nelle quali, dati i caratteri del danaro, il danno si manifesta più sotto il profilo del lucro cessante che del danno emergente; dall'altro, l'esigenza di assicurare un sistema di risarcimento che, particolarmente nella tipologia delle obbligazioni di maggiore diffusione, quale quelle pecuniarie, fosse caratterizzato da una estrema semplicità nei meccanismi di applicazione.

Altro fattore di estrema rilevanza era inoltre rappresentato, come abbiamo visto, dall'assorbimento, quale regola generale (cioè, sia nel settore commerciale che in quello civile) per tutti i debiti pecuniari in mora, del principio della decorrenza degli interessi in una misura sostanzialmente pari a quella che precedentemente una legislazione contraria alle usure e poi un trend del mercato dei capitali avevano stabilito. Il problema che a questo proposito in seguito si è sviluppato è stato quello di aggiornare, in sostanza, un siffatto sistema ad esigenze economiche o del tutto nuove o, in seguito ad un certo sviluppo, divenute attuali, che man mano hanno messo in luce i limiti e le rigidità di un sistema di forfe-tizzazione⁵⁵ del danno basata su una misura fissa degli interessi.

⁵⁵ Con il termine «forfetizzazione» viene solitamente descritta dalla nostra dottrina e giuri-

È infatti già nei primi anni del Novecento, con le nuove codificazioni o le proposte di riforma delle precedenti codificazioni civili, che ovunque si manifestano significativi segni di un cambiamento o, per lo meno, di un aggiornamento di questo sistema. Il BGB., al § 288, dopo aver stabilito il principio della decorrenza degli interessi di mora, aggiunge per il creditore la possibilità di far valere eventuali danni di entità superiore a quelli liquidati su misura fissa attraverso gli interessi moratori («die Geldendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen»).

Analoghe tendenze si manifestavano, negli anni Venti, nell'elaborazione del progetto italo-francese delle obbligazioni ove all'art. 102, 3° comma, si stabiliva che il giudice, in caso di mora delle obbligazioni pecuniarie, potesse attribuire oltre agli interessi un risarcimento ulteriore al creditore che avesse dimostrato di aver subito un danno maggiore⁵⁶.

Analogamente, se pur con altre soluzioni che fra breve avremo modo di meglio esaminare, si pronunciò il legislatore svizzero dell'Obligationenrecht del 1911. Infatti, accanto al sistema degli interessi di mora determinati in misura fissa si dava la possibilità, almeno nei rapporti tra commercianti, di elevare il saggio degli interessi moratori nella misura del saggio di sconto bancario praticato nel luogo del pagamento (art. 104, *Abs* 3)⁵⁷.

Queste tendenze sono state, come è noto, confermate nel codice civile italiano del 1942 che, all'art. 1224, prevede che «al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento». Con questa innovazione, il principio della forfetizzazione degli interessi non viene più considerato il principio assorbente ed esclusivo in tema di danni delle obbligazioni pecuniarie, ma piuttosto si fa valere in questo caso il principio generale del risarcimento del danno per inadempimento o ritardo (art. 1218). Il dato interessante, dal quale indirettamente si deduce anche la peculiare posizione delle obbligazioni pecuniarie, è dato dal fatto che nei debiti di danaro l'applicazione della normale e generale regola del risarcimento del danno, sulla base degli elementi di prova forniti dal creditore, ha in sostanza il significato di innovazione diretta a tutelare con particolare efficacia il creditore. In altre parole quella che appare regola generale

sprudenza la fissazione di un saggio di interesse in misura fissa (pari agli interessi legali) per il risarcimento dei danni da ritardo: cfr. per tutti BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*², sub artt. 1218-1229, cit., 349.

⁵⁶ La disposizione del progetto italo-francese è tanto più significativa se si riflette sui caratteri di tale progetto, ancora molto legato alla tradizione metodologica e sistematica francese e particolarmente sensibile, specialmente in questo settore, ad una tutela del *favor debitoris*: cfr. sul punto NICOLÒ, «Codice civile», in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 243. La previsione di un principio del genere, che sicuramente si può qualificare di protezione degli interessi del creditore, tanto più appare significativa in quel contesto in quanto, evidentemente, imposta da specifiche necessità socio-economiche.

⁵⁷ Cfr. BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Zurich, 1979, 320; GUHL, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Zurich, 1972, 227.

nel diritto delle obbligazioni assume in questo caso il sapore di norma eccezionale. Il diritto attribuito ad ogni creditore di essere risarcito, fornendo la prova del danno subito, appare per il creditore pecuniario quasi il riconoscimento di un privilegio o, in ogni caso, di una posizione di eccezionale *favor creditoris*.

Questo dimostra, in sostanza, come il capitolo delle obbligazioni pecuniarie ormai da tempo abbia, almeno in significativi aspetti, raggiunto una specificità ed autonomia che spesso va oltre la peculiarità della materia e si manifesta come eccezione all'intero sistema del diritto delle obbligazioni. Se si pensa, inoltre, che lo spazio casistico ed economico occupato dalle obbligazioni pecuniarie supera di gran lunga quello delle altre obbligazioni, si ha la sensazione della distanza che spesso separa l'architettura ufficiale della sistematica generale del nostro diritto delle obbligazioni rispetto alla disciplina in concreto applicata con maggiore ampiezza.

Questi elementi meritano, a nostro giudizio, una più attenta riflessione. Dietro la tendenza descritta, tesa alla forfetizzazione del danno, vanno probabilmente identificati, oltre a quelle tradizioni e collegamenti storico-economici che precedentemente abbiamo descritto, anche altri elementi ed esigenze che, probabilmente, vanno giustificati sul piano pratico. È certamente non casuale che proprio per la categoria di obbligazioni di maggiore diffusione sia stato scelto un sistema di liquidazione del danno basato su una forfetizzazione. Evidenti sono i vantaggi pratico-economici di una scelta di questo tipo e, comunque, la tendenza di fondo resta quella di realizzare la liquidazione del danno attraverso strumenti tesi alla sua determinazione forfetizzata. Questo emerge, infatti, da un altro elemento, forse non sempre messo sufficientemente in luce dalla dottrina: l'applicazione della regola generale del risarcimento dei danni provati dal creditore resta esclusa in tutti quei casi in cui le parti avessero già convenuto la misura degli interessi di mora. Analogamente, del resto, nel caso in cui sia stata pattuita una clausola penale: di fronte alla volontaria forfetizzazione del danno operato dalle parti, è lo stesso legislatore che esclude la possibilità di un'applicazione della regola generale sul risarcimento del danno (art. 1382).

In questi elementi schematicamente descritti si rinvengono, quindi, i possibili dati che caratterizzano attualmente il problema del risarcimento dei danni per inadempimento o ritardo nelle obbligazioni pecuniarie. Si avvertono, da un lato, l'insoddisfazione per un sistema, quale quello ereditato dalla storia economica e giuridica dell'Ottocento, in cui l'area del danno risarcibile rimaneva rigidamente legata alla misura del saggio degli interessi legali; dall'altro, l'impossibilità o, in ogni caso, l'estrema difficoltà e problematicità economico-sociale dell'applicazione della generale disciplina del risarcimento del danno e, più di recente, la tendenza sempre più accentuata a ripercorrere la via già nota della forfetizzazione del danno, ma attrezzando, però, il sistema con strumenti atti a rendere flessibile nel tempo la determinazione del saggio degli interessi.

A questo fine possono essere prese in considerazione varie e diverse dinamiche economiche, a seconda delle diverse scelte politiche del diritto, proprie dei

diversi ambienti giuridici. Le esperienze giuridiche di alcuni paesi dimostrano chiaramente che l'intento di sfuggire alla rigidità di un sistema di risarcimento del danno da mora nelle obbligazioni monetarie è stato perseguito percorrendo due vie diverse ma, sotto alcuni aspetti, parallele: da un lato, facendo riferimento ai valori espressi nel mercato dei capitali (saggio di sconto della banca centrale nelle sue varie determinazioni, media degli interessi praticati sul mercato), dall'altro, facendo riferimento al presunto od effettivo tasso di inflazione della moneta nazionale (determinato in misura fissa, o valutato specificamente).

10. *L'esperienza italiana: il maggior danno dell'art. 1224, 2° comma, c.c.*

I casi tipicamente ricompresi nella disciplina dell'art. 1224, 2° comma, sono, a questo proposito, quelli in cui il creditore fornisca la prova che il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione ha comportato danni riconducibili alla fattispecie del danno emergente o del lucro cessante. È il caso in cui, ad esempio, il disagio economico, provocato dalla mancata disponibilità della somma dovuta alla scadenza, ha costretto il creditore ad affrontare i costi di operazioni economiche tese a sostituire il bene dovuto (maggiori interessi sostenuti nel contrarre mutui tesi a sostituire la frustrata liquidità, alienazione di beni a prezzi inferiori a quelli di mercato al fine di ricreare la suddetta liquidità)⁵⁸.

Ma la questione più ampiamente dibattuta, a proposito dell'applicazione dell'art. 1224, 2° comma, è quella relativa alla possibilità (ed, eventualmente, ai limiti) di assimilare gli effetti dannosi del ritardo nell'adempimento con gli effetti dannosi della svalutazione monetaria verificatasi successivamente alla scadenza⁵⁹. Già

⁵⁸ Cfr. T. Ravenna, 20-5-1972 (*RGenel*, 1972, 757); T. Bologna, 17-5-1977 (*FN*, 1977, I, 228) e sul punto inoltre BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*², sub artt. 1218-1229, cit., 349.

⁵⁹ Il problema era divenuto particolarmente rilevante alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso. Oltre alle crisi particolari specificamente legate ai problemi nazionali, una delle maggiori spinte inflattive è stata determinata dal più sensibile aumento del prezzo dei prodotti petroliferi (solo nel 1978 l'aumento in questo settore è stato stimato intorno al 35-40%); elevato è stato quindi il tasso di inflazione in vari paesi occidentali (Gran Bretagna 19,6%, Stati Uniti 14%, Francia 11,8%, Italia più del 20%), mentre lo sviluppo industriale è regredito in maniera preoccupante. Stime dell'Ocse e del Deutsches Institut für Wirtschaftsordnung calcolavano la crescita del prodotto nazionale lordo nei paesi industrializzati intorno al 3% nel 1979 e all'1,5% nel 1980. Le conseguenze sono note: inflazione da un lato e disoccupazione dall'altro (*staginflation*). Successivamente, se pure il tasso di inflazione in alcuni paesi era regredito ed in altri era stato contenuto (dati dello stagionale rapporto della Bundesbank sulla *Wirtschaftslage in der Bundesrepublik*, in *Monatsberichte der Deutschen Bundesbank*, settembre 1982, 7, la collocano per gli Stati Uniti intorno al 6-7% e per la Germania intorno al 5%), il tasso di disoccupazione aveva raggiunto e superato negli Stati Uniti l'assai preoccupante livello del 10%, mentre nel nostro Paese il tasso di inflazione, dopo una flessione al 16%, si era avviato a raggiungere e, purtroppo, superare il 20%.

nel vigore dell'abrogato codice, la dottrina si era più volte domandata se gli interessi dovessero considerarsi l'unica possibile forma per indennizzare i danni subiti dal creditore di danaro durante il periodo di mora, arrivando ad ammettere, nei casi in cui gli interessi moratori risultassero del tutto inadeguati a compensare le conseguenze dannose del ritardo e questo fosse stato doloso, il risarcimento dei maggiori danni⁶⁰. Il problema del carattere non esaustivo degli interessi moratori come liquidazione forfettaria di tutti i possibili danni subiti dal creditore fu, d'altro canto, già negli anni a cavallo del nuovo secolo, affrontato in Germania e in Francia trovando, come abbiamo visto, nel progetto italo-francese di diritto delle obbligazioni significative soluzioni⁶¹. Siffatte tendenze, divenute ormai negli anni Trenta convincimento della migliore e più moderna dottrina⁶², ebbero, come è noto, nel codice civile del 1942 piena affermazione con l'art. 1224, 2° comma, che stabilì la possibilità del risarcimento dei danni ulteriori.

Questa nuova disposizione, aprendo la via ad una valutazione integrale e soggettiva del danno subito dal creditore di danaro, ha ricondotto, almeno sotto questo aspetto, anche le obbligazioni pecuniarie nell'ambito della disciplina comune dell'adempimento. Le motivazioni che hanno portato a questa rilevante innovazione indicano, ancora una volta, lo stretto collegamento tra la disciplina della mora nelle obbligazioni pecuniarie e la dinamica economica del mercato dei capitali. Frequentemente la dottrina venne a lamentare l'inadeguatezza del tasso di interessi, determinato in misura fissa dalla legge, rispetto a quello solitamente praticato nel mercato dei capitali. Appariva, infatti, estremamente contraddittorio con la logica di un mercato dominato ormai dall'utilizzazione anche speculativa del danaro che il creditore non potesse in alcun caso lamentare perdite in misura maggiore al saggio legalmente fissato per gli interessi moratori, quando ormai l'impiego di una somma di danaro sul mercato dei capitali, anche attraverso il più comune deposito bancario, avrebbe assicurato un saggio di interessi certamente superiore a quello legale⁶³. D'altro canto, se in origine la de-

⁶⁰ In questo senso GIORGI, *op. cit.*, II, 201; RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*³, VI, Torino, rist. 1923, §§ 221 e 278; Cass. Napoli, 8-1-1900 (*GI*, 1900, I, 1, 169); Cass. Torino, 14-7-1885 (*ivi*, 1885, I, 1, 603); per l'opinione dominante contraria a questa interpretazione v. POLACCO, *op. cit.*, I, 646 ss.

⁶¹ L'art. 102 del progetto italo-francese per le obbligazioni e i contratti prevedeva che il giudice potesse attribuire, oltre agli interessi, un risarcimento ulteriore al creditore che avesse dimostrato di aver subito un danno maggiore.

⁶² Cfr. ASCARELLI, *Limiti di applicabilità dell'art. 1231 c.c.*, cit., 392 ss.

⁶³ V. per tutti le osservazioni di ASCARELLI, *op. cit.*, alla nota prec., 393: «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 così ancora 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 danaro al 5%, anziché al 5,5% o al 6%. È necessario dire che tutto ciò è assurdo?».

terminazione *ex lege* degli interessi moratori (quindi in una misura fissa, indipendentemente dall'entità del danno concretamente subito dal creditore) si spiegava con l'esistenza di un «tetto legale» per la stipulazione degli interessi, è evidente che, venuto meno questo limite generale, ed emancipata ormai la contrattazione del costo del danaro da ogni limite che non sia quello, peraltro molto diverso, del reato di usura, l'attribuzione al creditore pecuniario, in caso di ritardo nell'adempimento, dei soli interessi moratori, determinati nei modi che abbiamo già visto, appariva sostanzialmente inadeguata ed anacronistica.

Del tutto conseguente alla nuova situazione era, peraltro, l'onere della prova imposto dall'art. 1224, 2° comma al creditore al fine di ottenere il risarcimento del maggior danno. Il saggio degli interessi moratori, stabilito in misura fissa attraverso il riferimento al tasso legale, era ancora ritenuto (non ultimo, in virtù della tradizione precedentemente illustrata) non lontano o, per lo meno, ancora omogeneo alla misura media del tasso degli interessi corrispettivi realizzabili nel mercato dei capitali (non a caso il saggio fissato nel codice civile del 1942 per gli interessi legali è ancora del 5%: art. 1284) e, di conseguenza, la domanda del creditore diretta ad ottenere la liquidazione di una misura ulteriore e più ampia del danno (maggior danno) doveva necessariamente essere sorretta da una specifica prova. Il regime di piena libertà di contrattazione del danaro esclude, infatti, che si possa preventivamente stabilire la misura del danno subito dal creditore per il ritardato adempimento. Questi, in sostanza, deve dimostrare che, se avesse potuto godere della somma dovuta sin dalla scadenza, sarebbe stato in grado di utilizzarlo in modo tale da realizzare utili maggiori rispetto a quelli rappresentati dal tasso legale degli interessi o, altrimenti, di evitare perdite.

Tutto questo corrispondeva ad una logica piuttosto semplice (anche se ormai logora, come vedremo), secondo la quale le vicende economiche legate ad una dinamica di mercato non possono essere presunte: la realizzazione o meno, nel nostro caso, di guadagni attraverso l'utilizzazione del danaro non poteva essere basata su pratiche presuntive, in quanto soggettivo e contingente si presenta il comportamento economico di ciascun soggetto privato. Partendo da queste premesse, è evidente che non era sufficiente per il creditore la sola dimostrazione che il saggio di interesse comunemente praticato (ad esempio, per i depositi bancari) superava quello legale/moratorio, bensì era necessaria una prova più specifica, diretta a dimostrare che quella del deposito bancario sarebbe stata la destinazione della somma di danaro nel caso in cui il creditore ne avesse potuto godere alla scadenza.

In relazione alla svalutazione monetaria la giurisprudenza, dopo alcune incertezze specie dei giudici di merito⁶⁴, apparve complessivamente orientata a

⁶⁴ Cfr. A. Firenze, 7-1-1947 (*MT*, 1947, 70); T. Perugia, 20-6-1947 (*GI*, 1947, I, 2, 457); A. L'Aquila, 23-8-1947 (*ibidem*). È noto che un passo della Relazione del ministro guardasigilli al codice civile (n. 592) sembra non escludere la possibilità di includere tra i danni risarcibili quelli dipendenti da alterazioni del valore della moneta verificatesi durante la mora del debitore.

riconoscere la risarcibilità anche dei danni conseguenti al deprezzamento della moneta verificatosi durante la mora, a condizione che il creditore avesse dimostrato di aver risentito un particolare pregiudizio per non aver potuto disporre della somma dovuta alla scadenza. Questi avrebbe dovuto – a parere della giurisprudenza⁶⁵ e, sia pure con variegata sfumature, della dottrina⁶⁶ – non solo dimostrare che, se reinvestita tempestivamente, la somma dovuta sarebbe stata sottratta alla svalutazione, ma anche che ad un determinato specifico reimpiego il creditore si fosse già indirizzato e concretamente predisposto.

La prova che veniva richiesta era, peraltro, notevolmente rigorosa. Secondo una giurisprudenza sufficientemente costante, il creditore danneggiato avrebbe dovuto dimostrare non solo che avrebbe impiegato la somma in acquisti di beni immobili, ma addirittura che il reinvestimento era stato effettivamente preparato al punto tale da far ragionevolmente supporre che l'affare si sarebbe effettivamente concluso (esistenza di un preliminare, conduzione delle trattative fino ad un grado di notevole certezza, ecc.)⁶⁷. Solamente in casi del tutto particolari l'onere della prova a carico del creditore fu facilitato: allorquando le qualità personali e professionali del creditore, l'attività abituale commerciale o industriale, avessero fondatamente fatto supporre che con molte probabilità la somma, se fosse stata pagata alla scadenza, sarebbe stata anche immediatamente reinvestita in attività produttive, evitando, quindi, gli effetti dannosi della svalutazione⁶⁸.

A questo proposito si è poi manifestata una significativa e profonda inversione di tendenza da parte della giurisprudenza che, particolarmente nelle sue sedi più autorevoli, aveva coraggiosamente iniziato un processo di revisione delle posizioni costantemente sostenute in passato. Gli elementi che hanno spinto la giurisprudenza ad un completo riesame della questione sono da ricercare nella tendenza delle economie occidentali a trovare strumenti atti a riequilibrare un consolidato processo inflattivo che, particolarmente nel contesto italiano, si è manifestato con notevole veemenza.

⁶⁵ V. da ultimo, Cass., 19-10-1977, n. 4463 (*FI*, 1978, I, 336), di cui riportiamo la massima: «è ormai *jus receptum* nella giurisprudenza di questa Corte Suprema, che i danni da svalutazione monetaria sono dovuti, ai sensi del 2° comma dell'art. 1224 c.c., solo se il creditore dimostri di aver risentito un particolare pregiudizio per non avere a tempo debito potuto predisporre della somma dovutagli, della quale, se riscossa tempestivamente, avrebbe fatto un impiego che l'avrebbe, in tutto o in parte, sottratta alla svalutazione monetaria. Occorre, cioè, che il creditore dimostri di avere risentito di un particolare pregiudizio per non aver potuto disporre della somma dovutagli, il cui impiego era stato effettivamente apprestato e concretamente predisposto»; inoltre v. sempre *ivi* la nota di Amatucci, ed ampi riferimenti giurisprudenziali.

⁶⁶ V. una recente ed esauriente rassegna di QUADRI, *Svalutazione monetaria e principio nominalistico* (*RDC*, 1975, II, 404). In ogni caso, di estrema importanza, non ultimo per l'influenza esercitata nello sviluppo della successiva dottrina e giurisprudenza, NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione* (*FI*, 1944-1946, IV, 41 ss.).

⁶⁷ Cfr. Cass., 11-4-1962, n. 758 (*MFI*, 1962); Cass., 6-10-1962, n. 2832 (*ibidem*).

⁶⁸ Cfr. Cass., 23-7-1969, n. 2772 (*MFI*, 1969).

A questo si aggiunga che già da tempo nell'ordinamento giuridico italiano si erano manifestate chiare tendenze tese a salvaguardare, almeno in determinati rapporti, il valore del credito di danaro⁶⁹. Nella prima di queste pronunce, la III sezione della Cassazione⁷⁰, in contrasto con l'interpretazione precedente, che consentiva al creditore di essere indennizzato dei danni conseguenti alla svalutazione solo ed in quanto fornisse la prova di aver subito un particolare pregiudizio, afferma che il fenomeno della svalutazione va valutato nel suo significato economico come danno concreto e reale, cioè come perdita secca derivante dal diminuito valore d'acquisto della moneta. In questo senso la svalutazione monetaria rientrerebbe, in relazione all'art. 1223 che nel diritto italiano delinea i contorni del risarcimento del danno, nella prima e più immediata delle sue componenti, cioè la perdita subita dal creditore, e non nella seconda, il mancato guadagno.

Partendo da questa premessa, in verità molto frettolosamente indicata, la Cassazione aveva argomentato con estrema sicurezza la piena e totale risarcibilità dei danni da svalutazione. Se, infatti, si concepisce il fatto della svalutazione come un danno concreto e reale da identificare nell'ambito dell'immediata perdita subita dal creditore (e non come un evento dal quale possono, secondo determinati presupposti, conseguire danni per il creditore, come in sostanza affermava la giurisprudenza precedente, riferendosi piuttosto al mancato guadagno), è evidente che la prova riuscirà per il creditore più semplice in quanto basterà indicare il danno in se stesso, e cioè la svalutazione in se stessa, e non sarà necessario dar luogo a specifiche dimostrazioni del nesso di causalità tra il fatto della svalutazione e i danni subiti. La Cassazione aveva potuto, quindi, affermare che la richiesta del creditore ai maggiori danni conseguenti alla svalutazione non necessita di particolari prove, ma può, più semplicemente, basarsi sul fatto notorio della svalutazione monetaria in quanto questa costituisce, infatti, una perdita per il creditore, un danno concreto e reale che si esprime nel fatto stesso del diminuito potere di acquisto della somma dovuta dal debitore. Di conseguenza, aveva affermato la Cassazione, la «somma che il debitore era tenuto a pagare (...) deve essere necessariamente rivalutata, alla stregua di indici pubblicizzati di sicura attendibilità, affinché quel "valore", che sarebbe entrato nel patrimonio del creditore nel caso di adempimento puntuale, mantenga il suo identico contenuto sostanziale nel momento in cui viene liquidato il risarcimento».

Non vanno, inoltre, dimenticate, a monte di queste affermazioni, altre considerazioni, che potremmo dire di realismo giuridico, abbastanza chiaramente espresse nella motivazione e che, con molta probabilità, costituiscono il vero fondamento della decisione in esame. In una situazione economica quale quella degli ultimi anni, caratterizzata da un continuo e costante processo inflattivo e

⁶⁹ Cfr. le importanti modificazioni apportate dalle riforme del rito del lavoro sui crediti di lavoro: art. 429, 3° comma, c.p.c.; art. 150 disp. att. c.p.c.; artt. 24 ss., 32, l. 27-7-1978, n. 392, ecc.

⁷⁰ Cfr. Cass., sez. III, 30-11-1978, n. 5670 (GC, 1978, I, 1909).

da una concorrente tendenza, invero mai frenata, a rendere sempre più lunghi i tempi dei processi civili, la Cassazione è ben consapevole che una interpretazione restrittiva dell'art. 1224, 2° comma, non può che comportare, nel migliore dei casi, la frustrazione economica delle pretese pur vittoriose e fondate del creditore ed un indiretto arricchimento del debitore che non solo viene a ritardare per anni il pagamento, ma si libera del debito adempiendo con moneta profondamente svalutata⁷¹.

Pur apprezzando le ragioni di fondo che avevano spinto la Cassazione a questa prima presa di posizione, non possiamo tacere che l'avanzata interpretazione dell'art. 1224, 2° comma, ci appare fragile ed in ogni caso poco omogenea rispetto al sistema delle obbligazioni pecuniarie ed ai principi del risarcimento del danno contenuti nel nostro ordinamento⁷². Uno dei punti che suscita i maggiori dubbi è quello della parificazione tra diminuzione del potere d'acquisto della moneta e danno concreto come perdita secca per il creditore. L'affermazione, sicuramente attendibile da un punto di vista economico-empirico, risulta, in realtà, opinabile se confrontata con il sistema italiano di risarcimento del danno e particolarmente con quello dei danni da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie.

Infatti, come è noto, secondo il principio nominalistico la somma pagata, anche se economicamente deprezzata, è pur sempre l'*eadem res* originariamente dedotta in obbligazione e quindi, in virtù di questa identità talora di puro *nomen*, un pagamento effettuato per la medesima somma ha sicura efficacia liberatoria.

⁷¹ Questo problema particolarmente grave era stato affrontato dalle Sezioni Unite: Cass., 9-1-1978, n. 57 (GC, 1978, I, 7), in relazione al caso in cui il danneggiato abbia a proprie spese provveduto ad eliminare o ridurre le conseguenze dannose derivanti da fatto illecito. Le Sezioni Unite, contro una costante giurisprudenza che sosteneva che l'originaria obbligazione risarcitoria si verrebbe a trasformare da debito di valore in debito di valuta, soggetta, quindi, al principio nominalistico, avevano affermato, al contrario, che in questo caso l'obbligazione non perderebbe la sua natura di debito di valore e che, dunque, al fine della reintegrazione del patrimonio del danneggiato nella situazione preesistente anche le somme erogate dal danneggiato sono suscettibili di rivalutazione in relazione al mutamento del potere d'acquisto della moneta. In tale caso l'inflazione veniva a «punire» in modo particolarmente grave il creditore diligente; questi spontaneamente aveva cercato di attenuare le conseguenze dell'altrui illecito comportamento e per l'inadempimento del debitore era stato costretto ad agire in giudizio ottenendo, però, un risarcimento in termini economici molto inferiore, a causa dell'inflazione, allo sforzo finanziario da lui stesso affrontato per riparare il danno. Una rigida applicazione del principio nominalistico aveva, di conseguenza, molto spesso spinto ad un aumento della litigiosità (particolarmente in un settore quale quello dell'infortunistica); il debitore tendeva a procrastinare la propria prestazione risarcitoria il più a lungo possibile al fine di potersi liberare (cioè dopo molti anni) con il pagamento di una somma di danaro che, sia pure corretta con gli interessi di mora, era di fatto molto lontana da quella originariamente dovuta.

⁷² Orientamento del tutto favorevole alla pronuncia della Cassazione ha manifestato BIANCA, *Il danno della svalutazione monetaria* (GI, 1979, IV, 129 ss.); ID., *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*², sub artt. 1218-1229, cit., 356; mentre più cauta è stata la posizione di DI MAJO, *Prassi giudiziali e indirizzi legislativi in tema di svalutazione monetaria dei debiti pecuniari* (FI, 1979, V, 101 ss.).

In questo senso la svalutazione monetaria, al contrario di quanto da ultimo affermato dalla Cassazione, se pur rappresenta sicuramente un danno economico, difficilmente potrà essere considerata un danno in senso giuridico in quanto, appunto in virtù del principio nominalistico, irrilevanti risultano le sopravvenute modificazioni del potere d'acquisto della moneta. Non sono, cioè, risarcibili, secondo il sistema combinato del nominalismo-responsabilità per inadempimento, i danni che, in ogni caso, si sarebbero prodotti in modo generalizzato per tutti i possessori di danaro, ma solo quelli che non si sarebbero prodotti se non ci fosse stato il ritardo per l'inadempimento. È in questo secondo ambito che la svalutazione può rilevare nella mora, ma con una curvatura diversa rispetto a quella enunciata dalla Cassazione: non oggettiva ma soggettiva, non nel riferimento alla perdita secca ma al mancato guadagno, non adducendo il fatto notorio della svalutazione ma dimostrando che, se non ci fosse stato il ritardo, il creditore tuttavia sarebbe stato in grado di limitare o annullare gli effetti dannosi dovuti all'inflazione.

Non è tanto in relazione ai fini perseguiti dalla Cassazione, quanto è sul piano del metodo che un siffatto intervento, che crediamo possa meritare l'appellativo di diritto pretorio, suscita i maggiori dubbi ed interrogativi. È certo significativo che la Cassazione non abbia neanche preso in considerazione la possibilità di raggiungere l'obiettivo voluto attraverso l'utilizzazione di strumenti ben più flessibili e manovrabili, pur a disposizione nel nostro diritto delle obbligazioni, quali le clausole generali (diverso in questi casi l'atteggiamento della giurisprudenza di altri paesi quale ad esempio quella tedesca): si è piuttosto preferito presentare la radicale svolta giurisprudenziale come un'interpretazione di stretto diritto positivo nascondendo, dietro argomentazioni che appaiono almeno forzate, scelte di puro realismo giuridico.

La svolta realizzata dalla III sezione non trovò, probabilmente, totale adesione nell'ambito della Cassazione, in quanto, alcuni mesi più tardi, le Sezioni Unite hanno sentito il bisogno di tornare sul punto⁷³ e di riaffrontare il problema sulla base di una evidente insoddisfazione, sia particolarmente della motivazione precedentemente data, sia dei risultati cui tale interpretazione era giunta. In questa successiva pronuncia è stata contrastata la tesi, sostenuta dalla precedente sentenza, della generale ed automatica presunzione di danno sempre ed in via generale valutabile nella svalutazione monetaria verificatasi nel periodo di mora. Le Sezioni Unite non hanno mancato di nascondere la distanza che ormai da molti anni separava il saggio degli interessi legali dal tasso di inflazione o anche dal tasso di interessi solitamente praticato dagli istituti di credito, o anche dal tasso di sconto fissato dalla Banca d'Italia.

L'esigenza, quindi, di superare le strettoie dell'art. 1224, 2° comma (onere della prova, ecc.) viene chiaramente sentita, ma si respinge (e correttamente, a nostro giudizio) l'interpretazione della precedente sentenza, secondo la quale i

⁷³ Cfr. Cass. S.U., 4-7-1979, n. 3776 (*GI*, 1979, I, 1, 1410).

danni da svalutazione monetaria sarebbero di per sé danni diretti da ricomprendere nella categoria del danno emergente. È piuttosto alla categoria del lucro cessante che, secondo le opinioni delle Sezioni Unite, va fatto riferimento. Il *revirement* della III sezione della Cassazione viene in sostanza confermato, ma nell'ambito di una diversa motivazione. Quella che viene, in sostanza, contestata è l'affermazione secondo la quale la svalutazione monetaria rappresenterebbe di per sé «un danno concreto e reale» in senso giuridico, che postula un maggior danno (emergente), identico per tutti i creditori. Si preferisce piuttosto tornare, almeno nelle premesse metodologiche, alla più antica e consolidata tradizione giurisprudenziale che percorreva la via della dimostrazione soggettiva del maggior danno. Lo sforzo delle Sezioni Unite è stato dunque diretto, partendo da queste premesse che negano il risarcimento automatico, a semplificare l'onere della prova attraverso presunzioni e dati notori acquisiti dalla comune esperienza e presunzioni desumibili dalle condizioni e qualità del creditore. Per questa via si è arrivati a distinguere tra diverse categorie di creditori, le cui diverse qualità personali dovrebbero fornire sufficienti elementi per la definizione dell'entità del danno subito.

Questo indirizzo, che è stato a poca distanza di tempo nuovamente confermato dalle Sezioni Unite⁷⁴, tende in sostanza ad identificare una nuova tecnica di valutazione e liquidazione del maggior danno. Gli elementi caratterizzanti sono, in questo caso, forniti da una pretesa aspirazione di rendere, da un lato, flessibile e sufficientemente adatto alle diverse figure creditorie il sistema di valutazione del danno e, dall'altro, di non rinunciare ai vantaggi della forfettizzazione del danno ma piuttosto, almeno in parte ed in altre condizioni, riprodurne la dinamica. Per questa via, secondo questo che possiamo già definire sufficientemente consolidato indirizzo della Suprema Corte, è anche possibile mantenere una compatibilità con il sistema del risarcimento del danno attraverso, in sostanza, una tecnica, quella delle presunzioni, che dovrebbe assicurare un'adattabilità soggettiva del sistema entro criteri sufficientemente generali (professione, ambiente economico del creditore, ecc.), che dovrebbero essere in grado di consentire la semplicità e la speditezza, ma non l'arbitrarietà, nella liquidazione del danno.

Indipendentemente dal giudizio di fondo in ordine a siffatto nuovo indirizzo, ci preme mettere in luce la conferma, anche in questa giurisprudenza, dell'irrinunciabilità dell'esigenza della forfettizzazione del danno: una liquidazione di questo caso per caso, creditore per creditore, appare del tutto inopportuna e poco indicata in una dinamica di obbligazioni stereotipe e di massa come quelle pecuniarie. Anche la logica soggettiva⁷⁵, intimamente sottesa al sistema del ri-

⁷⁴ Cass. S.U., 25-10-1979, n. 5572 (*GI*, 1980, I, 1, 452 ss.).

⁷⁵ Cfr. sul punto INZITARI, *Inflationsschaden beim Verzug mit Geldschulden in der italienischen Rechtsprechung* (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1979, 447 ss.); ID., *Nochmals zum Inflationsschaden beim Verzug mit Geldschulden in der italienischen Rechtsprechung* (*ibidem*, 741).

sarcimento del danno, viene, d'altro canto, almeno non trascurata attraverso il sistema delle presunzioni legate a distinte ed articolate categorie creditorie. Il punto, sul quale in realtà nutriamo i maggiori dubbi, è dato dall'effettiva capacità di rendere facilmente (e non arbitrariamente) operativa una siffatta tecnica di valutazione e liquidazione del danno⁷⁶.

Se si sceglie la linea del «giudizio personalizzato», la classificazione fornita dalle Sezioni Unite è del tutto semplicistica. Quelle figure dell'operatore economico (*sic*), del risparmiatore occasionale (*sic*), di ogni altro creditore in genere (*sic*), del modesto consumatore (*sic*), appaiono più ritagliate negli schemi esemplificativi di un manuale introduttivo all'economia politica che sulla concreta realtà operativa in cui la pratica verrà ad operare. L'attribuzione ai vari creditori di questa o quella veste di *homo oeconomicus* «si risolve», come ha detto un commentatore della citata sentenza⁷⁷, «nell'avventurarsi nel campo dell'opinabile, nel congetturare guadagni personali (...). È fin troppo noto come il reddito non corrisponda sempre alle qualità professionali e come, se ogni categoria economica in astratto ha un suo sistematico e ripetitivo modo di impiego del danaro, l'investimento in sé, in un'epoca di crisi degli investimenti, non è sinonimo di guadagno monetario». Un sistema siffatto, sicuramente stimolante sulla carta, come viene poi a reagire, specialmente in una realtà economica così composita e contraddittoria quale quella italiana?⁷⁸

I limiti e le difficoltà incontrate, inoltre, nel costruire queste diverse categorie di riferimento vengono ancor più evidenziati dal fatto che le stesse Sezioni Unite hanno sentito il bisogno di suggerire una categoria che fosse idonea a svolgere una funzione rappresentativa più generale. Di qui il riferimento al mo-

⁷⁶ Nella sentenza n. 3776/1979 delle Sezioni Unite si è compiuto anche il massimo sforzo per rendere intelligibile e facilmente operativo il giudizio personalizzato sulle diverse categorie creditorie. Il maggior danno che deriva al creditore dal fatto che la somma dovuta abbia, al momento del tardivo pagamento, un potere d'acquisto minore di quello che aveva alla scadenza della relativa obbligazione può essere desunto da presunzioni che consentono di valutare l'incidenza dell'inadempimento sul patrimonio dei singoli creditori, distinguendo i casi: «dell'operatore economico, con riferimento alla redditività netta del danaro destinato ai suoi ordinari investimenti imprenditoriali, redditività desumibile dalla capacità operativa, quale risulta dall'attività pregressa (specie se i suoi risultati netti sono evidenziati da scritture contabili affidanti) e da quella prevedibile come normale in relazione alla struttura della sua azienda ed alle condizioni del mercato; del risparmiatore, con riferimento alle dimostrate personali e normali modalità di impiego del proprio danaro; del creditore occasionale, con riferimento a criteri di normalità e di concreta possibilità; del modesto consumatore, con riferimento alle normali e personali necessità di impiegare il danaro per gli ordinari bisogni della vita e, quindi, con riferimento (ciò che nel caso può costituire il criterio residuale più attendibile) agli indici ufficiali dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati; di ogni altro creditore in generale, con riferimento ai criteri che, nei sensi di cui sopra, risultino opportuni».

⁷⁷ Cfr. VALCAVI, *Rivalutazione monetaria o interessi di mercato?* (FI, 1980, I, 118).

⁷⁸ Basti pensare, ad esempio, alla vastissima realtà, comunemente indicata giornalmisticamente quale economia sommersa, ove è estremamente difficile identificare i reali connotati della realtà.

desto consumatore solitamente, appunto, impegnato ad impiegare il danaro per finalità di mero consumo⁷⁹. In questa categoria, ritengono le Sezioni Unite, è possibile far rifluire tutte le altre categorie di debitori e il criterio degli indici ufficiali dei prezzi al consumo appare, in sostanza, il criterio residuale più attendibile e quindi anche ovunque applicabile.

Le lunghe distinzioni e costruzioni, prima viste, avanzate nella motivazione al fine di contestare la possibilità di una liquidazione del danno da svalutazione, operando *sic et simpliciter* sulla base dell'indice dell'aumento dei prezzi al consumo, che era stato sostenuto dalla III sezione, riappaiono, sia pure nelle vesti di categoria residuale, in ultima analisi come unico criterio autenticamente generale. Se si tiene conto di questo risultato ultimo, si ha l'impressione che, in sostanza, le correzioni apportate dalle Sezioni Unite, rispetto alla sentenza della III sezione, abbiano rilevanza più sul piano dell'impostazione sistematica che su quello concreto dei risultati. Per una via, infatti, completamente diversa si arriva, in sostanza, alle stesse conclusioni: i danni da inflazione non quale danno emergente bensì quale lucro cessante da provare attraverso una presunzione talmente ampia e generale (riferimento al modesto consumatore con conseguente liquidazione del perduto valore della moneta secondo gli indici Istat), nella quale possano essere ricomprese in sostanza tutte le fattispecie creditorie⁸⁰.

Non nascondiamo che la novità e anche lo spirito critico dimostrato dalla giurisprudenza italiana nel rivedere, particolarmente dopo decenni di consolidata giurisprudenza, soluzioni ormai anche equitativamente non più omogenee con l'attuale realtà socio-economica, non riescono poi a compensare l'insoddisfazione della soluzione attualmente intrapresa, sia sotto l'aspetto delle non irrilevanti contraddizioni dogmatico-sistematiche, sia sotto l'aspetto, ancor più rilevante, della concreta applicazione pratica⁸¹. Il problema è, dunque, quello di

⁷⁹ Giustamente ironico DI MAJO, *Danno da svalutazione e categorie creditorie* (GI, 1979, IV, 202), sul riferimento al modesto consumatore che appare quale adesione «alla filosofia pauperistica del modesto consumatore», nonché ID., *Il controllo giudiziale del principio nominalistico*, in *Credito e moneta*, a cura di Mazzoni-Nigro, Milano, 1982, 765 ss.

⁸⁰ Sul punto, per questo aspetto, confronta più ampiamente INZITARI, *Nochmals zum Inflationsschaden beim Verzug mit Geldschulden in der italienischen Rechtsprechung*, cit., 722 ss.; e v. anche DI MAJO, *Danno da svalutazione e categorie creditorie*, cit., 202 ss.

⁸¹ Va rilevato che gli indirizzi espressi dalla III sezione e poi dalle Sezioni Unite della Cassazione sono stati recepiti dalla giurisprudenza talora con cautela talora con diffidenza, talora esigendo la dimostrazione dello specifico «maggior danno» o per lo meno di «specifici fatti notori» che dimostrino il pregiudizio patrimoniale sofferto per la mancata disposizione del danaro. Il risultato è stato quello di una giurisprudenza complessivamente poco unitaria ed omogenea sia nelle scelte che nelle motivazioni. Questa situazione è stata almeno in parte il risultato dell'accavalarsi nelle due sentenze del 1979 della Cassazione di orientamenti e motivazioni prima frettolosamente tesi a riconoscere in via generale gli automatismi dell'indicizzazione e poi, a pochissima distanza di tempo, a frenare (come abbiamo visto più formalmente nella complessità della retorica della motivazione che nelle concrete scelte applicative) la tendenza alla rivalutazione dei debiti pecuniari in mora. È noto che una siffatta politica di *stop and go* comunque non aiuta (specie in

indicare le possibili vie di una diversa soluzione che riesca, nel quadro di una compatibilità sistematica con la disciplina dell'inadempimento, a realizzare le esigenze che il contemporaneo contesto economico-sociale richiede anche nella nostra società. Un confronto con le soluzioni a questo proposito operate in altri paesi, talora anche molto vicine alla nostra tradizione, si rivela particolarmente utile.

11. La terza sentenza (n. 2368/1986) delle Sezioni Unite sul maggior danno nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Nel 1986 le Sezioni Unite tornano sul tema del «danno ulteriore» subito dal creditore in seguito al ritardo del debitore nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie. Oggetto della controversia esaminata dalla Suprema Corte era il ritardo nell'adempimento di un debito di valuta da parte dell'amministrazione dei lavori pubblici appaltante nei confronti di un'impresa appaltatrice cui spettava, appunto, il diritto al compenso revisionale del prezzo d'appalto.

A distanza di otto anni dalla ormai ben nota sentenza della III sezione della Cassazione del 1978⁸² dopo ben due altri interventi delle Sezioni Unite nel corso del 1979⁸³ e numerose pronunce non solo del giudice di merito ma anche della Suprema Corte⁸⁴, la Cassazione torna a riunirsi a Sezioni Unite al fine di comporre il contrasto creatosi nella giurisprudenza della Corte «tanto in ordine ai presupposti in base ai quali il danno è stato ritenuto risarcibile da tali pronunce, quanto in ordine all'applicazione dei principi con esse enunciati in ordine alla prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno».

Come abbiamo appena visto, la svolta giurisprudenziale più clamorosa fu quella della sentenza n. 5670/1978, con la quale, superando l'interpretazione

una materia così delicata e complessa) la certezza del diritto. Cfr. Cass., 12-11-1981, n. 5981 (*RFI*, 1981, *Danni civili*, n. 165); Cass., 23-7-1981, n. 4733 (*ibidem*, voce cit., n. 166); Cass., 7-7-1981, n. 4455 (*ibidem*, voce cit., n. 167); Cass., 29-6-1981, n. 4199 (*ibidem*, voce cit., n. 168); Cass., 18-6-1981, n. 3976 (*ibidem*, voce cit., n. 169); Cass., 15-6-1981, n. 3890 (*ibidem*, voce cit., n. 170); Cass., 9-6-1981, n. 3722 (*ibidem*, voce cit., n. 171); Cass., 8-5-1981, n. 3006 (*ibidem*, voce cit., n. 172); Cass., 29-4-1981, n. 2611 (*ibidem*, voce cit., n. 173); Cass., 8-4-1981, n. 1990 (*ibidem*, voce cit., n. 174); Cass., 3-3-1981, n. 1231 (*ibidem*, voce cit., n. 175); Cass., 20-1-1981, n. 485 (*ibidem*, voce cit., n. 176); Cass., 22-10-1981, n. 5555 (*ivi*, 1982, I, 80); Cass., 2-10-1980, n. 5361 (*ivi*, 1980, *Danni civili*, n. 122); Cass., 23-7-1979, n. 4409 (*RC*, 1980, 79).

⁸² Cass., sez. III, 30-11-1978, n. 5670 (*GC*, 1978, I, 1909).

⁸³ Cfr. Cass. S.U., 4-7-1979, n. 3776 (*GI*, 1979, I, 1, 1410); Cass. S.U., 25-10-1979, n. 5572 (*ibidem*, 452 ss.).

⁸⁴ Cfr. Cass., 7-1-1983, n. 123 (*GC*, 1983, I, 767), con nota di DI MAJO, *Svalutazione monetaria e risarcimento del danno (un passo avanti e due indietro ...)* (*ibidem*, 770); Cass., 27-1-1984, n. 651 (*MFI*, 1984); Cass., 5-6-1985, n. 3356 (*ivi*, 1985, I, 2240), con nota di PARDOLESI.

precedente che consentiva al creditore di essere indennizzato dei danni conseguenti alla svalutazione solo ed in quanto avesse fornito la prova di aver subito un particolare pregiudizio, fu affermato che il fenomeno della svalutazione doveva essere valutato come danno concreto e reale, cioè come perdita secca derivante dal diminuito potere d'acquisto della moneta, ammettendo quindi, per la prima volta nella giurisprudenza del nostro paese, la piena e totale risarcibilità dei danni da svalutazione⁸⁵.

La svolta segnata da questa sentenza fu così rilevante che successivamente, nonostante gli ulteriori interventi e correzioni da parte della Cassazione, soprattutto nella pratica forense in qualsiasi *petitum* volto a domandare la condanna al pagamento di una somma di denaro, la richiesta della liquidazione e condanna del debitore a pagare anche il maggior danno «da inflazione», cioè conseguente al verificarsi dell'inflazione, è divenuta quasi una clausola di stile che peraltro trovava ampio e costante accoglimento, sia pure con qualche semplificazione equitativa, da parte dei giudici di merito⁸⁶.

Non nascondemmo allora i motivi della nostra perplessità in ordine all'interpretazione avanzata nella sentenza n. 5670/1978: la parificazione tra la diminuzione del potere d'acquisto della moneta ed il danno concreto e reale identificato come perdita secca subita dal creditore contrasta con i caratteri del sistema italiano del risarcimento del danno.

Se è pur vero infatti che il diminuito potere d'acquisto della moneta costituisce un danno economico per il creditore, è anche vero che, in virtù del principio nominalistico, la somma da pagare è pur sempre la *eadem res* originariamente dedotta in obbligazione e di conseguenza assai difficilmente, se non appunto forzando importanti principi del sistema positivo vigente, si può parificare il danno economico così cagionato al danno in senso giuridico di cui all'art. 1224, 2° comma⁸⁷.

Il danno quindi che può essere fatto valere, rilevammo allora, non può essere quello che si produce in modo generalizzato per tutti i possessori di denaro che vedono perdere il potere d'acquisto delle somme pecuniarie da loro detenute, bensì è quel danno che il creditore avrebbe potuto evitare se non ci fosse stato il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria.

Le successive due sentenze del 1979 delle Sezioni Unite della Cassazione (la n. 3776/1979 e la n. 5572/1979) non mancarono di rivedere l'orientamento qualche mese prima espresso dalla III sezione, mostrando di preferire alla via certamente troppo semplicistica della generale e automatica presunzione di dan-

⁸⁵ Ebbero modo di sottolineare l'importanza e la portata della sentenza n. 5670/1978 in INZITARI, *Inflationsschaden beim Verzug mit Geldschulden in der italienischen Rechtsprechung*, cit., 447 ss.

⁸⁶ Cfr. l'indagine relativa alle prassi seguite nei tribunali elaborate e raccolte da PAJARDI, *La rivalutazione monetaria nei tribunali italiani. Statistiche* (GI, 1984, IV, 321).

⁸⁷ Oltre allo scritto cit. alla penultima nota, v. INZITARI, *La moneta*, in ID., *Moneta e valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI, Padova, 1983, 232 s.

no, sempre e in via generale valutabile nella svalutazione monetaria verificatasi nel periodo di mora, l'altra via della dimostrazione soggettiva del danno⁸⁸.

Nacque così la costruzione di un modello interpretativo del tutto nuovo nella nostra giurisprudenza che faceva riferimento, per la valutazione del danno da ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, a diverse categorie soggettive di creditori, individuate sin da allora nelle figure dell'operatore economico, del risparmiatore, del creditore occasionale, del modesto consumatore⁸⁹.

È noto che il tema di fondo dell'intera problematica della valutazione dei danni conseguenti al verificarsi del deprezzamento della moneta consiste in quel peculiare e complesso capitolo del diritto delle obbligazioni che riguarda la valutazione e definizione di quei danni la cui entità supera l'ammontare degli interessi moratori subiti dal creditore in seguito al ritardo nell'adempimento; il problema risiede cioè in ultima analisi nel significato e nella portata che deve essere attribuita alla disposizione di cui all'art. 1224, 2° comma, c.c., peraltro nuova rispetto alla più antica tradizione civilistica italiana, in quanto introdotta con la riforma del 1942.

Questa disposizione costituisce il risultato di un'ampia e complessa evoluzione delle obbligazioni pecuniarie ed in particolare dell'onerosità delle obbligazioni pecuniarie sulla quale in altra sede ci siamo ampiamente soffermati⁹⁰.

Il legislatore tedesco del BGB. fu il primo che avvertì i limiti di un sistema di risarcimento del danno attuato in forma forfettaria attraverso la liquidazione percentuale dell'interesse moratorio. Fu il BGB. che con il § 288 per la prima volta venne a riconoscere la risarcibilità del maggior danno ("Die Geldendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen"); a questo seguì l'art. 104, Abs 3 dell'Obligationenrecht svizzero che riconobbe la possibilità per i rapporti tra commercianti di elevare il saggio degli interessi moratori nella misura del saggio di sconto bancario praticato nel luogo del pagamento. A tali nuovi orientamenti legislativi, in materia di liquidazione del danno eccedente la misura forfettizzata dal generale riconoscimento del risarcimento nella misura degli interessi al tasso legale, aderirono altrettanto autorevolmente coloro che negli anni Venti attesero alla redazione del progetto italo-francese di diritto delle obbligazioni, ove l'art. 102, 3° comma, stabilì infatti che il giudice in caso di mora nelle obbligazioni pecuniarie potesse attribuire, oltre agli interessi, un risarcimento ulteriore al creditore che avesse dimostrato un danno maggiore. L'art. 1224, 2° comma, del vigente codice civile accoglie e stabilizza in modo

⁸⁸ Cfr. in ordine alle sentenze del 1979 delle Sezioni Unite INZITARI, *Nochmals zum Inflationsschaden beim Verzug mit Geldschulden in der italienischen Rechtsprechung*, cit., 741.

⁸⁹ Cfr. INZITARI, *La moneta*, in ID., *Moneta e valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI, cit., 234 ss.

⁹⁰ Cfr. INZITARI, *op. cit.*, alla nota prec., 190 ss. e 221 ss.; ID., *Le funzioni giuridiche del danaro nella società contemporanea* (RDC, 1982, I, 693 ss.); DELLACASA, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di Visintini, Milano, 1984, 65 ss.

definitivo questa tradizione nel nostro ordinamento, apportando una assai incisiva modificazione al sistema tradizionale del risarcimento del danno nelle obbligazioni pecuniarie.

La disciplina che è scaturita da tali penetranti innovazioni è dunque variamente articolata sulla coesistenza e coordinamento di diversi principi schematicamente così riassumibili: *a)* il ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie comporta la liquidazione a favore del creditore di un risarcimento nella misura predeterminata degli interessi legali. Tale forma di risarcimento si distingue e si qualifica sotto il profilo della forfettizzazione e dell'automatismo che la caratterizza rispetto alla forma comune del risarcimento del danno contrattuale. La liquidazione dei suddetti interessi prescinde infatti da qualsiasi prova del danno subito, bensì si accompagna, quale prestazione accessoria al debito pecuniario base, come automatica conseguenza del ritardo del debitore. L'automatismo è verificabile sotto due profili: 1) nella decorrenza collegata, secondo i principi di cui agli artt. 1219, 2° comma, n. 3 e art. 1182, 3° comma, alla scadenza infruttuosa del termine; 2) nell'assoluta irrilevanza della sussistenza o meno di un danno nel patrimonio del creditore (a nulla rilevarebbe da questo punto di vista una specifica ed esauriente prova fornita dal debitore dell'assenza di danno nella sfera patrimoniale del creditore: gli interessi moratori sarebbero dovuti in ogni caso); *b)* la legge interviene nel determinare il tasso degli interessi moratori nella misura fissata per gli interessi legali solo nel caso in cui, precedentemente al verificarsi della mora, dal debitore non fossero dovuti interessi o fossero dovuti in misura inferiore al tasso legale. Se questi fossero stati pattuiti in misura superiore al tasso legale, nella stessa misura sarebbero dovuti a titolo di mora; *c)* la valutazione forfettaria del danno e l'automatica liquidazione di questo nella misura degli interessi moratori lascia il posto alla valutazione in concreto e alla liquidazione del danno nella specifica misura del danno subito ogni qualvolta il creditore fornisca le prove del maggior danno prodottosi nel suo patrimonio per effetto del ritardo; *d)* il favore per la liquidazione forfettizzata ed automatica viene comunque a prevalere su questa valutazione specifica del maggior danno ogni volta che le parti stesse, evidentemente, proprio nella previsione dell'inadeguatezza del risarcimento operato mediante liquidazione dei soli interessi moratori e delle difficoltà ed ostacoli di diversa natura, alla dimostrazione specifica del maggior danno, abbiano preventivamente concordato e forfettizzato in una misura predeterminata il danno.

La dinamica interna del riconoscimento del maggior danno di cui all'art. 1224, 2° comma, attraverso la specifica dimostrazione da parte del creditore del maggior danno, sembra, sotto certi aspetti, manifestare numerosi e significativi momenti di analogia con quella propria del risarcimento del danno extracontrattuale. Il creditore è chiamato al pari del danneggiato a fornire elementi atti a determinare l'entità del danno subito.

Da questo punto di vista è noto che il procedimento e i criteri destinati a stabilire quantitativamente le dimensioni del danno subito sono indipendenti dalla

natura dei presupposti delle pretese risarcitorie da cui derivano (se fondate su base contrattuale o extracontrattuale). Secondo i canoni classici della *Differenztheorie*, la definizione della dimensione quantitativa del danno è frutto del confronto tra la situazione patrimoniale del danneggiato dopo il verificarsi dell'evento dannoso (di fonte contrattuale o extracontrattuale) e la situazione in cui si sarebbe trovato lo stesso patrimonio se l'inadempimento o il fatto illecito non si fossero verificati⁹¹.

La particolare natura delle obbligazioni pecuniarie quali obbligazioni di genere – come solitamente, per comodità, l'obbligazione pecuniaria veniva definita dalla prevalente dottrina, anche se più appropriato sarebbe, tenendo conto della ormai completa smaterializzazione del denaro, abbandonare e correggere tali diretti riferimenti alle classiche obbligazioni di dare e piuttosto fare riferimento al più astratto dei «generi» patrimoniali concepibili, individuando piuttosto nel debito pecuniario l'obbligo di trasmettere un'astratta potenzialità patrimoniale definita e misurata nelle unità di conto dello Stato⁹² – esclude in radice che il debitore possa addurre a propria liberazione l'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta. Mentre dunque la prova dell'assenza della colpa da parte del debitore per l'inadempimento avrà un ruolo assai marginale, nonostante l'art. 1224 si muova nell'ambito della responsabilità contrattuale, di centrale importanza sarà la prova del danno subito dal creditore o del nesso di causalità con l'evento dannoso (il mancato adempimento del debitore).

Ma è proprio sotto questo ultimo aspetto che le obbligazioni pecuniarie risultano assai difficilmente riconducibili, proprio per la peculiarità che le contraddistinguono rispetto alle altre tipologie di obbligazioni, alle tradizionali metodologie di valutazione e liquidazione del danno, proprie sia delle obbligazioni di fonte contrattuale che extracontrattuale.

Tenuto conto di tali peculiarità della categoria delle obbligazioni pecuniarie, come pure delle particolari difficoltà di definire, al di là della determinazione degli interessi moratori, gli esatti confini dell'eventuale danno ulteriore, è più che comprensibile che le indicazioni fornite dalle Sezioni Unite del 1979 abbiano poi incontrato non poche difficoltà ad essere recepite e applicate in concreto tanto dai giudici di merito, quanto da parte della stessa Cassazione.

Invero le difficoltà, a nostro parere, non si sono presentate nel recepire la prima delle premesse enunciate nel 1979 dalle Sezioni Unite ed ora riproposte in quest'ennesimo intervento dalla sentenza n. 2368/1986. Esiste ormai infatti un ampio consenso intorno al fatto che la svalutazione monetaria di per sé non giustifica alcun risarcimento sotto il profilo del maggior danno di cui all'art. 1224, 2° comma, ma che la svalutazione monetaria può essere causa di maggiori danni di quelli coperti con l'attribuzione degli interessi legali e che tali danni

⁹¹ Cfr. GRUNSKY, in REBMANN-SACKER, *Münchener Kommentar*, II, München, 1978, sub § 249, Rdn 6-7, 260; Esser-Schmidt, *Schuldrecht*, I, Heidelberg-Karlsruhe, 1975-1979, 58 ss.; II, 80 ss.

⁹² Cfr. INZITARI, *Le funzioni giuridiche del danaro nella società contemporanea*, cit., 693 ss.

appunto possono essere fatti valere dal creditore nel caso in cui siano opportunamente dimostrati. È piuttosto nella definizione dell'onere probatorio del danno subito che le indicazioni delle Sezioni Unite hanno incontrato le maggiori difficoltà ad essere concretamente seguite.

La stessa Cassazione nella sentenza in esame sottolinea che «il problema centrale e più delicato di questo orientamento riguarda, com'è ben noto, appunto il profilo del "danno ulteriore", occorrendo trovare una formula di valutazione che, da un lato, consenta di tutelare il più possibile la corretta realizzazione economica del rapporto obbligatorio, impedendo arricchimenti ingiustificati del debitore senza tuttavia ledere il principio nominalistico; e, dall'altro, fornisca criteri di determinazione del danno semplici ed agili, in armonia con l'esigenza della quantificazione forfettaria, che – come risulta, del resto, dallo stesso art. 1224 (1° e 2° comma) – è la più appropriata per le obbligazioni pecuniarie, stereotipe e di massa».

La maggiore difficoltà risiede in particolare nel secondo punto enunciato dalla Suprema Corte, vale a dire nell'identificazione di criteri di determinazione del danno semplici, agili, omogenei alle esigenze della quantificazione forfettaria delle obbligazioni pecuniarie. «L'antica esigenza della forfetizzazione», come già più volte è stato rilevato⁹³, costituisce nell'ambito della valutazione delle conseguenze dell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie un'esigenza di primaria importanza. In una tipologia di obbligazioni quale quella pecuniaria che, è forse opportuno ricordarlo, nella sostanza abbraccia qualsiasi rapporto economico⁹⁴, la tecnica della forfetizzazione del danno è l'unica a consentire all'interprete di soddisfare quella più che evidente esigenza economica fondamentale di semplicità e rapidità di liquidazione del danno che, data appunto la diffusione potremmo dire pressoché totalizzante di questa tipologia di rapporti obbligatori nel panorama dei rapporti giuridici, rappresenta anche una insopprimibile esigenza di certezza economica e giuridica.

Da un lato l'esigenza della forfetizzazione del danno e dall'altro l'evidente rilevanza generale per tutti i creditori della svalutazione monetaria ha portato, e non certo da oggi, a suggerire quale possibile soluzione «l'idea di affidarsi a *praesumptiones iuris*»⁹⁵ le quali consentono di allargare le maglie dell'onere probatorio «semplificandolo», come afferma la sentenza in epigrafe, «attraverso presunzioni e dati notori acquisiti dalla comune esperienza».

Con tali presunzioni, proseguono le Sezioni Unite, sarà possibile «pervenire ad una valutazione il più possibile soggettiva del danno medesimo, senza tuttavia rinunciare al ricorso a criteri generali tali da permettere, ove possibile, la

⁹³ Cfr. INZITARI, *La moneta*, in ID., *Moneta e valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI., cit., 245.

⁹⁴ Cfr. INZITARI, *op. cit.*, alla penultima nota, 694 ss.; CARBONNIER, *op. cit.*, 16, il quale afferma «qui dit patrimonial dit pécuniaire, c'est-à-dire monétaire».

⁹⁵ Sono parole di NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, cit., 47. Cfr. INZITARI, *op. cit.*, alla penultima nota, 245 ss.

quantificazione forfettaria e da favorire la semplicità e speditezza della liquidazione».

La chiara ed esplicita affermazione di questa esigenza, quale aspetto peculiare ed imprescindibile della valutazione dei danni da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie, è, a nostro parere uno degli aspetti più rilevanti di questa pronuncia delle Sezioni Unite.

L'esigenza di una forfettizzazione del danno attraverso criteri generali era infatti certamente sottesa anche alle sentenze precedenti successive alla famosa pronuncia della III sezione del 1978, ma nella sentenza in esame ad essa viene finalmente fatto riferimento considerandola uno dei criteri cardine sui quali orientare e basare la valutazione del danno.

Nutriamo al contrario diversi dubbi, che peraltro già manifestammo allorquando furono per la prima volta proposti nelle sentenze nn. 3776/1979 e 5572/1979, in ordine all'opportunità di poter valutare soggettivamente il danno facendo riferimento alle diverse categorie di creditori.

A questi rilievi le Sezioni Unite rispondono affermando che quelle soluzioni, che io stesso ebbi a proporre «dirette a commisurare in ogni caso il danno da svalutazione allo scarto esistente tra il tasso legale e il tasso di mercato del costo del denaro o, come pure è stato sostenuto, tra interessi legali e tasso di sconto praticato dalla banca centrale», non contrastano con il principio nominalistico, in quanto non comportano una rivalutazione automatica della somma dovuta, né tantomeno contrastano con il 2° comma dell'art. 1224, in quanto il danno ulteriore può consistere nella differenza dell'interesse ad essere risarcito nella stessa maniera, ma, ed è questo il punto che appare non accettabile alla Suprema Corte, in questo modo «riconoscendo sempre e in ogni caso la differenza dell'interesse, si viene ad elevare, in pratica, il tasso legale degli interessi moratori, disconoscendone il carattere fisso, per modo che non si fa un'operazione esegetica, ma normativa».

Pur avendo le Sezioni Unite stabilito dunque che «il danno ulteriore ben può consistere nella differenza dell'interesse ad essere risarcito allo stesso modo», la conclusione affermata appare ancorata ai principi già stabiliti in passato, in quanto «l'unica via praticabile è quella dell'accertamento e della quantificazione soggettiva del maggior danno».

Vengono quindi riproposte dalle Sezioni Unite «le figure socio-economiche» che già furono protagoniste delle pronunce nn. 3776/1979 e 5572/1979: l'imprenditore, il risparmiatore abituale, il creditore occasionale, il modesto consumatore.

Su queste diverse figure e sul modo di valutare la misura del danno che esse possono lamentare le Sezioni Unite forniscono oggi ben più ampi elementi.

Allora la sentenza n. 3776/1979 si limitò a distinguere i casi: «dell'operatore economico, con riferimento alla redditività netta del denaro destinato ai suoi ordinari investimenti imprenditoriali, redditività desumibile dalla capacità operativa, quale risulta dall'attività pregressa (specie se i suoi risultati netti sono evidenziati da scritture contabili affidanti) e da quella prevedibile come normale in relazione alla struttura della sua azienda ed alle condizioni del momento; del ri-

sparmiatore, con riferimento alle dimostrate personali e normali modalità di impiego del proprio denaro; del creditore occasionale, con riferimento a criteri di normalità e di concreta possibilità; del modesto consumatore, con riferimento alle normali e personali necessità di impiegare il denaro per gli ordinari bisogni della vita e, quindi, con riferimento (ciò che nel caso può costituire il criterio residuale più attendibile) agli indici ufficiali dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati; di ogni altro creditore in generale, con riferimento ai criteri che, nei sensi di cui sopra, risultino opportuni».

In quest'ultima pronuncia n. 2368/1986 la Cassazione precisa che non è sufficiente provare la qualità professionale di imprenditore, bensì è necessario, se il creditore-imprenditore vuole limitarsi a provare il danno emergente, «dimostrare di trovarsi in condizioni atte a presumere, secondo la normale gestione finanziaria dell'impresa, il ricorso al mercato del credito», ed in questo caso il danno potrà consistere nel costo bancario del denaro identificato nel "prime rate", mentre se il creditore-imprenditore intende conseguire il risarcimento del danno conseguente al mancato guadagno dovrà fornire una prova sufficiente a stabilire la redditività del denaro investito nell'impresa.

Per il risparmiatore abituale la prova presuntiva consiste nell'ammontare del mancato reddito derivante «da titoli di Stato, rendimento di azioni»; per il creditore occasionale nella remunerazione media dei depositi e per il modesto consumatore nel deprezzamento monetario avvenuto durante la mora determinato con riferimento agli indici Istat.

Le soluzioni fornite dalle Sezioni Unite, benché più ampiamente motivate rispetto a quelle delle già citate sentenze del 1979, hanno sollevato alcune perplessità sotto diversi profili.

In primo luogo colpisce la non omogeneità della scelta dei criteri tra le varie categorie creditorie: l'imprenditore può senz'altro richiedere una somma pari agli interessi passivi del costo del denaro forfettizzato nel "prime rate", sempreché dimostri di essersi trovato in condizioni tali da far presumere che sarebbe ricorso al credito bancario, mentre se richiede il mancato guadagno dovrà allegare prove più precise e dettagliate; il risparmiatore abituale ed il creditore occasionale a loro volta possono fare richiesta, sempre dimostrando le loro caratteristiche soggettive, del mancato guadagno dall'investimento in titoli o dei depositi bancari, mentre il modesto consumatore verrà risarcito della perdita secca subita dal suo patrimonio per effetto del deprezzamento della moneta.

In due categorie sembra prevalere la risarcibilità dei maggiori costi subiti (imprenditore e modesto consumatore), in altre due la risarcibilità dei mancati guadagni (risparmiatore abituale e creditore occasionale).

Non nascondiamo che si ha l'impressione che il complesso di questi criteri sia stato costruito, più che sulle singole categorie soggettive, su quelle ricorrenti operazioni economiche che comportano l'utilizzazione di una liquidità monetaria: il prestito bancario, l'investimento in valori mobiliari, il deposito bancario, l'acquisto di beni di consumo.

Su queste operazioni la Cassazione, tanto delle sentenze nn. 3776/1979 e 5572/1979 quanto della n. 2368/1986 in esame, hanno costruito le figure stereotipe ormai ben conosciute, ma resta il dubbio se sia veramente corretto presumere che ciascuno di questi soggetti ideali venga a compiere esclusivamente una di queste operazioni economiche.

Né sembrano fornire un'esauriente risposta a questo quesito le osservazioni avanzate dalla sentenza in epigrafe secondo cui «la classificazione in categorie ha finalità probatorie ed implica, ovviamente, non già il carattere esclusivo dell'impiego, ma la normalità (rispetto alla categoria) e la prevalenza o la notoria priorità (rispetto al singolo creditore) dell'impiego medesimo, che solo a queste condizioni può costituire il fondamento di presunzioni inerenti al danno; con l'ulteriore corollario che verrebbe meno lo stesso presupposto della prova presuntiva, e dunque il danno andrebbe dimostrato e quantificato nei modi consueti, se non fosse possibile (in ipotesi astratta) oppure non fosse dedotto o dimostrato (come non di rado concretamente capita) l'inquadramento in una delle categorie suddette o in altre enucleate in relazione a più particolari modalità d'impiego del denaro».

Se è vero infatti che la costruzione di una presunzione avviene attraverso la normalità e la prevalenza di un certo impiego (*melius*, come abbiamo visto, usare il termine «operazione economica», considerato che l'imprenditore ed il modesto consumatore nulla impiegano, bensì alternativamente subiscono il costo del denaro bancario o la perdita da inflazione), è altrettanto vero che nessuno dei possibili soggetti identificabili con una di queste figure ideali compie solo ed unicamente una delle operazioni descritte: prendere denaro in prestito dalle banche al tasso riservato alla migliore clientela (quindi a ben vedere ad un tasso tutt'altro che prevalente essendo riservato in realtà ad un gruppo molto limitato di clienti della banca), oppure investire in titoli di Stato o in titoli azionari (tipologia di investimenti questa tutt'altro che facilmente riconducibile ad una misura univoca e unitaria di redditività, in quanto oltre a presentarsi assai diversificati nel livello di redditività che possono garantire, questi non sono per nulla comparabili nel caso in cui l'investimento azionario sia compiuto con scopo speculativo per lucrare tra le differenze del prezzo di acquisto e di rivendita delle azioni), oppure depositare le somme di denaro presso una banca (con tassi diversi a seconda che si tratti di giacenze attive di conto corrente o di depositi vincolati, ecc.), oppure subire il progressivo aumento del valore generale dei beni quantificato con riferimento agli aumenti registrati in un dato periodo dell'indice Istat.

La tesi delle Sezioni Unite, secondo la quale è possibile individuare l'operazione economica prevalente, è giustificata solo se si parte dalla parte più bassa dell'ideale piramide costituita dai descritti *status* professionali e sociali. Il modesto, anzi il modestissimo consumatore subisce effettivamente l'inflazione e perde quindi progressivamente sempre più estese *chances* di soddisfare i propri bisogni di consumo in quanto, per le sue comunque non brillanti condizioni

economiche, gli è preclusa la possibilità di perdere altre *chances*: egli non è, forse non è mai stato, né mai sarà un «tagliatore di cedole», né tantomeno mai una banca gli ha concesso denaro in prestito al tasso del *prime rate*, piuttosto – e questa potrebbe essere già da sola una rilevante eccezione al criterio che fa capo ai soli indici Istat – talora o sovente è dovuto ricorrere a forme di prestito ben più onerose, quali il prestito al consumo o piccoli finanziamenti i cui interessi si collocano di solito parecchi punti sopra il tasso ufficiale di sconto.

Man mano che si sale verso l'alto, nei gradini più alti della piramide (creditori occasionali, risparmiatori abituali, imprenditori) le operazioni economiche svolte dai diversi soggetti sono sempre più articolate: il deposito si accompagna al fido e l'utilizzazione di questo all'investimento in titoli, e comunque difficilmente un'operazione esclude l'altra.

In realtà si ritiene che, avendo la Cassazione anche questa volta optato per la forfettizzazione del danno attraverso il riferimento a quelle che dovrebbero essere le operazioni economiche standard di quattro ideali categorie di creditori, la categoria che nella sostanza riassume gli aspetti più elementari del rapporto tra economia individuale e complessiva economia monetaria è la categoria del modesto consumatore, e la tipologia del danno subito dal modesto consumatore tende a divenire un ineludibile punto di riferimento per tutte le categorie creditrici.

Successivamente alle pronunce del 1979 si è sostenuto che, anche in ragione di quanto allora testualmente affermato nella motivazione della pronuncia n. 3776/1979, il criterio degli indici ufficiali dei prezzi al consumo, sia pure nelle vesti di categoria residuale, appariva, in ultima analisi, come l'unico criterio autenticamente generale applicabile ad ogni categoria creditoria⁹⁶.

In questa sentenza le Sezioni Unite con diffusa argomentazione criticano questa conclusione e sostengono piuttosto che «la figura del “modesto consumatore”, lungi dal costituire una categoria di carattere generale, comprensiva delle altre, è con questa incompatibile, in quanto solo in relazione ad essa è possibile presumere, sia pure *iuris tantum*, la destinazione del denaro al consumo».

Tali conclusioni non appaiono convincenti. In primo luogo mentre le attività di investimento azionario o bancario o di movimentazione (come prestiti o altro) dei capitali monetari sono effettivamente tipici ed esclusivi di determinati settori economici che per comodità possiamo indicare con le definizioni di «imprenditore», «risparmiatore», «creditore occasionale», le funzioni del consumo sono universali e attraversano tutti gli strati sociali e le figure economiche. Non a caso le stesse Sezioni Unite hanno dovuto aggiungere un aggettivo alla quarta categoria presa in considerazione definendolo quale «modesto» consumatore proprio al fine di isolare una particolare tipologia sociale le cui principali caratteristiche distintive risiedono peraltro non tanto nell'essere consumatore bensì, appunto, nella modestia delle sue risorse economiche.

⁹⁶ Cfr. INZITARI, *La moneta*, in ID., *Moneta e valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI, cit., 236 s.

La ristrettezza economica in una congiuntura di costante aumento dei prezzi certamente comporta per il modesto consumatore la frustrazione di alcune aspettative di soddisfazione dei bisogni, mentre negli altri consumatori, che potremmo definire «non modesti» in quanto appunto dotati di più o meno estese o addirittura opulente risorse economiche, l'aumento dei prezzi non ha come effetto la privazione o la frustrazione di alcuni bisogni o aspettative di concreto consumo individuale, ma comunque ha come conseguenza – e questo è rilevante per qualsiasi categoria economica, è quasi ovvio il ricordarlo – che, per la stessa somma di denaro, meno beni potranno essere acquistati.

Qualunque possessore di denaro, infatti, essendo il denaro per sua natura destinato allo scambio e quindi, appunto, ad essere consumato, sopporta questo tipo di perdita patrimoniale conseguente al deprezzamento della moneta, indipendentemente dalle dimensioni della sua consistenza economica complessiva.

In secondo luogo, una volta stabilito che la funzione del consumo è propria tanto del modesto consumatore, quanto delle altre tre figure economiche prese in esame, non si vede perché l'imprenditore, il risparmiatore o il creditore occasionale, piuttosto che dimostrare sia pure presuntivamente che se fossero stati pagati in tempo avrebbero compiuto l'operazione economica che abitualmente soggetti come loro compiono, non possano piuttosto giustificare la loro richiesta del maggior danno pari alla svalutazione monetaria facendo riferimento al consumo che essi avrebbero eventualmente fatto di tali somme di denaro. Tale consumo andrebbe logicamente inteso non soltanto quale diretta utilizzazione della somma di denaro per soddisfare i quotidiani bisogni relativi alla mera sopravvivenza e riproduzione fisica del più modesto consumatore, ma anche quale categoria con la quale si indica la capacità della somma di denaro disponibile a realizzare il proprio valore di scambio costantemente nel tempo, capacità questa che viene gravemente limitata ogni qualvolta, per effetto del deprezzamento monetario, a parità di quantità di denaro sarà possibile scambiare quantità sempre minori di beni o servizi.

Successivamente alle più volte citate sentenze nn. 3776/1979 e 5572/1979, la giurisprudenza tanto della Cassazione quanto dei giudici di merito è stata in questi anni costantemente caratterizzata da un andamento piuttosto oscillante e comunque tendenzialmente orientato ad identificare il danno da inadempimento «nella misura dell'inflazione della moneta che ne costituisce l'elementare dato probatorio»⁹⁷. La sentenza n. 2368/1986 costituisce dunque un ennesimo tentativo di ricondurre a prove presuntive, fondate su singole categorie soggettive, la definizione del danno da ritardo.

Rispetto alle prime due pronunce del 1979, in quest'ultimo intervento delle Sezioni Unite si avverte il proposito di stabilire precisi schemi ricostruttivi in tema di definizione presuntiva del danno, i quali, sorretti questa volta da un'am-

⁹⁷ Cfr. Cass., 7-1-1983, n. 123 (*GC*, 1983, I, 766); Cass., 27-1-1984, n. 651 (*AC*, 1984, 868); Cass., 5-6-1985, n. 3356 (*ivi*, 1985, 2240).

pia e motivata argomentazione, definiscano con meticolosa precisione, ma, a nostro parere, anche con poco opportuni elementi di rigidità, generali figure soggettive sulle cui operazioni economiche abituali dovrebbe essere presuntivamente dedotta la misura del danno.

Le Sezioni Unite del 1979, pur facendo riferimento alle stesse figure soggettive (imprenditore, risparmiatore abituale, risparmiatore occasionale, modesto consumatore), non avevano mancato di rendere alquanto flessibile il criterio allora suggerito, in quanto non solo si erano astenute dal dedicare una così analitica attenzione alle caratteristiche di ogni categoria, ma anche perché non mancarono di accompagnare tali criteri generali ad un criterio più concreto, che il giudice cioè, ove necessario, facesse riferimento «al suo prudente apprezzamento formato eventualmente anche con valutazioni equitative ai sensi dell'art. 1226 c.c.». Inoltre, un riferimento contenuto in quella pronuncia a favore del modesto consumatore sembrava fornire, come ebbi modo allora di rilevare (ma ora le Sezioni Unite criticano questo rilievo), ulteriori indicazioni per la costruzione equitativa del danno: la sentenza n. 3776/1979 affermava infatti che l'impiego «del denaro per gli ordinari bisogni di vita» con riferimento «agli indici ufficiali dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati» avrebbe comunque potuto «costituire criterio residuale più attendibile».

Con la sentenza in esame le Sezioni Unite tendono ad imporre una griglia assai più rigida e vincolante per l'interprete: la riconduzione del creditore ad una delle diverse categorie sociali dovrebbe aprire, in modo piuttosto agevole, secondo gli intenti della Suprema Corte, la possibilità di identificare la presunzione da applicare ai diversi casi.

Questa conclusione viene implicitamente indicata nella sentenza in esame allorché si afferma: «se l'imprenditore lamenta un danno inerente al mancato acquisto di beni cosiddetti di consumo o, comunque, un danno diverso da quello relativo all'attività produttiva, deve specificamente dimostrarlo». Motivando dunque che quel creditore non avrebbe assolto all'onere della prova, con riguardo tanto al danno dipendente da svalutazione monetaria, quanto a qualsiasi altra forma di danno, l'unico risarcimento a questo spettante dovrebbe essere la liquidazione dei soli interessi moratori nella misura del 5% annuo.

Se così fosse si dovrebbe concludere che la tutela concessa al creditore perderebbe qualsiasi unitarietà ma verrebbe al contrario frammentata nella tutela delle diverse figure già esaminate ed i creditori potrebbero ottenere il risarcimento solo ed unicamente in relazione alla tipologia di operazione economica da loro stessi abitualmente svolta, mentre in mancanza di una prova o di un principio di prova in tal senso non spetterebbe loro alcun risarcimento. La «griglia» delle diverse categorie e operazioni economiche si trasforma in questo modo in una non giustificata e comunque iniqua serie di compartimenti stagni in cui dovrebbero essere collocati i diversi creditori a seconda dell'appartenenza ad una categoria o all'altra, senza che il creditore appartenente ad una di esse possa far valere i criteri di valutazione del danno ritenuti propri di un'altra cate-

goria appartenente ad uno *status* economico sociale superiore o inferiore.

Inoltre, considerato che per alcune delle ideali categorie creditorie prese in considerazione la misura del danno viene indicata dalle Sezioni Unite con riguardo alle perdute possibilità di utile investimento delle somme di denaro dovute (investimento in titoli, in azioni o in depositi bancari), non si vede perché, nel caso in cui questi creditori non abbiano voluto e potuto fornire la prova sia pure presuntiva del loro mancato investimento e quindi mancato guadagno, possa essere loro negata la liquidazione del danno emergente consistente nel deprezzamento intervenuto durante la mora.

Se è vero infatti l'assunto, universalmente riconosciuto e comunque mai contestato dalla Suprema Corte, che il deprezzamento della moneta comporta un danno pari appunto alla misura del deprezzamento verificatosi in ciascun possessore di denaro, non si vede per quale motivo il creditore, che con opportuni investimenti (in titoli di stato, azionari o direttamente in attività produttive come nel caso dell'imprenditore) abitualmente evita di rimanere per lungo tempo possessore del denaro, in tutti quei casi in cui non sia riuscito o non abbia voluto dimostrare, sia pure presuntivamente, il mancato guadagno dipendente dal fatto di non aver potuto investire nel modo abituale, non possa efficacemente pretendere il risarcimento del danno da svalutazione che ha colpito tutti i possessori di denaro e che le stesse Sezioni Unite anche in questa pronuncia riconoscono debba comunque essere risarcito al possessore di denaro di modeste condizioni economiche.

In conclusione, una volta respinta, come hanno fatto le Sezioni Unite, una valutazione unitaria del danno con riferimento per tutti i creditori ad un unico parametro quale il tasso di sconto, il *prime rate*, il tasso medio sui depositi, ecc.⁹⁸, ed ammessa d'altro canto la risarcibilità del danno da svalutazione per una categoria di creditori ed essendo, come è noto ed universalmente riconosciuto, il danno da svalutazione un evento dannoso che non può che colpire indistintamente tutti i creditori di denaro, non sussiste alcuna valida ed equa giustificazione perché al creditore, che poteva forse provare, ma non ha provato, altre tipologie di danno connesse a mancati investimenti, non debba comunque essere riconosciuto quel generale danno dipendente dal deprezzamento della moneta che in questi anni i giudici di merito come pure le diverse sezioni della Cassazione hanno riconosciuto⁹⁹.

⁹⁸ Per questa soluzione v. INZITARI, *La moneta*, in ID., *Moneta e valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI, cit., 245.

⁹⁹ Una tale interpretazione è infatti ormai assai frequente nei nostri tribunali: citiamo ad es. il T. Bologna, 28-3-1985, est. Colonna (*NGCC*, 1986, I, 173), «sulla base della circostanza notoria che anche il privato cittadino è in grado di investire utilmente il proprio denaro in modi semplici, che, in ogni caso, gli consentano di ottenere una redditività di gran lunga superiore al tasso legale, ritiene il Collegio di liquidare in via equitativa nel 15% annuo. Tale voce di anno, a far tempo dalla notificazione dell'atto di citazione e sino alla pubblicazione del presente provvedimento».

12. Il ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie e la liquidazione del danno da inflazione con la pronuncia delle Sezioni Unite del 16-7-2008.

La disciplina della responsabilità del debitore per inadempimento dell'obbligazione assume, con riguardo all'obbligazione di gran lunga più diffusa e frequente – vale a dire l'obbligazione pecuniaria –, profili del tutto peculiari, che investono la stessa tecnica della valutazione del danno.

La peculiarità risiede nella natura dell'oggetto dell'obbligazione. Il danaro non è certo infatti assimilabile alle cose, né l'obbligazione del debitore di pagare il debito pecuniario può essere assimilato alla obbligazione di dare cose generiche¹⁰⁰.

Il debitore pecuniario assolve il suo obbligo facendo entrare il creditore nella disponibilità delle unità monetarie dovute, secondo le modalità richieste dalle consuetudini dei traffici e dalla buona fede¹⁰¹.

Il danaro non ha caratteristiche fisiche e materiali e pertanto non è neanche concepibile un inadempimento del debitore che dipenda da un vizio o da un'imperfezione della cosa prestata.

Per il suo carattere immateriale e astratto il danaro è insensibile per definizione a qualsiasi apprezzamento che investa la sua natura. Essa è infatti del tutto astratta e, per definizione, sempre uguale a se stessa, sempre e comunque, in qualsiasi pezzo monetario.

La prestazione dovuta dal debitore pecuniario non muta, inoltre, nel caso di totale inadempimento del debitore: se questi non ha adempiuto la prestazione pecuniaria, la sua prestazione resterà in ogni caso pecuniaria. A differenza di ogni altra cosa o attività che possono essere dedotte quale prestazione in obbligazione, il danaro *numquam perit*.

Non è infatti concepibile una liberazione del debitore per il fatto che nel suo patrimonio non si trovi danaro sufficiente ad adempiere l'obbligazione pecuniaria.

Considerato che il danaro costituisce l'equivalente economico di qualsiasi altro bene e che l'ordinamento giuridico appresta opportune regole e procedimenti per trasformare in pecuniaria qualsiasi obbligazione, attraverso l'equazione risarcitoria, la mancanza di danaro da parte del debitore, piuttosto che estinguere l'obbligazione, proietta l'obbligazione stessa nella procedura di soddisfazione

¹⁰⁰ Cfr. INZITARI, *La moneta*, in ID., *Moneta e valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI, cit., 49 ss.; ID., *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale* (BBTC, 2007, I, 133).

¹⁰¹ Cfr. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, cit., 150 ss.

del credito attraverso la procedura esecutiva, nella quale, attraverso la liquidazione del patrimonio, viene comunque resa possibile la soddisfazione pecuniaria del creditore.

Il debitore pecuniario inadempiente resta quindi obbligato anche dopo la scadenza del termine alla sua originaria prestazione pecuniaria. Il suo adempimento avverrà prestando al creditore la stessa somma di danaro per la quale è risultato inadempiente.

Le conseguenze dell'inadempimento si manifestano pertanto non sul contenuto e sull'oggetto dell'obbligazione, che restano quelli pecuniari originari, bensì sulla regolazione delle conseguenze di un adempimento che il debitore esegue in un momento successivo a quello che, secondo il vincolo obbligatorio, era dovuto.

È per questo motivo che il codice detta una disciplina del tutto specifica per l'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Il Capo III del Libro IV, contiene, infatti, disposizioni generali e comuni per tutte le obbligazioni, in relazione alla responsabilità del debitore, alla costituzione in mora, mentre differenzia la disciplina per quanto concerne il risarcimento del danno.

Lo schema generale dell'art. 1223, che stabilisce a carico del debitore l'obbligo risarcitorio per la perdita subita e per il mancato guadagno, consente indubbiamente di ricomprendere a grandi linee anche le voci risarcitorie dell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie. Il debitore pecuniario, per la perdita subita dal creditore, resta obbligato a corrispondere la somma pecuniaria oggetto dell'obbligazione, mentre per il mancato guadagno subito dal creditore sorge l'obbligo di corrispondere gli interessi moratori secondo le specifiche regole stabilite al riguardo.

L'immediatamente successivo art. 1224 traccia poi per il danno delle obbligazioni pecuniarie una disciplina specifica che sarebbe riduttivo ridurre ad una speciale disciplina del mancato guadagno.

L'articolo in parola, infatti, stabilisce che il debitore pecuniario inadempiente deve al creditore, oltre all'originaria somma di danaro dovuta, anche una ulteriore somma, quantificata in ragione del tempo trascorso tra la data in cui si è verificato l'inadempimento ed il giorno del ritardato adempimento.

Si tratta, come è noto, degli interessi moratori. Essi sono quantificati dall'art. 1224 in misura pari agli interessi legali, ma, se prima della mora erano dovuti dal debitore interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura.

È questa una modalità risarcitoria che prescinde totalmente dalla prova del danno, e che attribuisce al creditore il diritto di pretendere gli interessi moratori anche nell'ipotesi in cui fosse pacifico che nessun danno è stato subito dal creditore.

Inoltre anche la misura del risarcimento è predeterminata dalla legge (attraverso i parametri della percentuale degli interessi legali in rapporto alla somma

di danaro dovuta per il lasso di tempo trascorso nel ritardo), senza che il creditore sia chiamato a dover prestare alcuna allegazione probatoria al riguardo.

Benché, dunque, la liquidazione degli interessi, oltre alla somma originariamente dovuta, induca ad inquadrare tale forma di risarcimento attraverso gli interessi moratori nella liquidazione del mancato guadagno spettante al creditore per il mancato godimento della somma di danaro non pervenutagli alla scadenza, sembra più corretto ricondurre questa disciplina al risarcimento della perdita subita dal creditore pecuniario per l'inadempimento subito e l'apprensione della somma di danaro in ritardo.

Nella sostanza, la legge, attraverso la liquidazione degli interessi legali moratori, opera un vero e proprio aggiornamento dell'obbligazione pecuniaria, che viene realizzata attraverso una riquantificazione legale della somma dovuta dal debitore, realizzando un incremento del valore della prestazione originaria. La legge prevede, dunque, una vera e propria rideterminazione dell'obbligazione pecuniaria attraverso criteri prestabiliti ed imperniati sul meccanismo dettato dalla legge per la determinazione degli interessi moratori.

Tale rideterminazione dell'obbligazione pecuniaria risponde all'esigenza di rendere effettivo il dovere del debitore di pagare il debito pecuniario alla scadenza.

È del tutto evidente, infatti, che, in assenza di una siffatta disposizione diretta a rendere più onerosa l'obbligazione pecuniaria quando essa viene estinta in ritardo, per il debitore pecuniario sarebbe indifferente pagare la somma dovuta alla scadenza oppure in un momento successivo, e cioè in ritardo, come pure sarebbe indifferente per il debitore pecuniario far trascorrere un breve o un ampio lasso di tempo prima di effettuare il pagamento.

All'indifferenza per il debitore nell'osservanza del dovere di adempiere verrebbe a corrispondere la sistematica insoddisfazione del creditore e, più in generale, un'intollerabile incertezza nell'esito e quindi nell'effettività dei più importanti e diffusi rapporti obbligatori che minerebbe alla base l'affidabilità del sistema di diritto privato e, conseguentemente, l'efficienza del sistema economico.

La previsione del sorgere, a carico del debitore pecuniario inadempiente, dell'obbligazione risarcitoria consistente negli interessi moratori assolve dunque la necessità di liquidare la perdita subita dal creditore pecuniario.

L'estrema diffusione dei rapporti pecuniari, che si rinvergono, qualunque ne sia la fonte, sostanzialmente in ogni rapporto obbligatorio, impone la necessità di agevolare una applicazione del tutto uniforme ed automatica della regola risarcitoria, sulla base di un lineare calcolo commisurato a parametri appunto uniformi (somma dovuta in relazione ai giorni di ritardo ed alla percentuale degli interessi da applicare). Sulla base di questa esigenza il codice ha imposto una tipologia di risarcimento da inadempimento, che, attraverso una modalità forfettizzata ed uniforme, risarcisce il pregiudizio conseguente al ritardo nell'adempimento mediante un incremento della somma dovuta in misura degli interessi moratori.

Questo risarcimento, previsto in modo automatico e generalizzato dal codice, ha la funzione di risarcire il creditore per la perdita subita dal mancato adempimento. Esso, come abbiamo visto, spetta in ogni caso, come dice l'art. 1224 c.c., anche se il creditore non prova di avere sofferto alcun danno.

Nello stesso tempo tale previsione di un'obbligazione risarcitoria predefinita in maniera generalizzata ed uniforme dal codice non comporta una limitazione del diritto del creditore al risarcimento del danno.

Il 2° comma dell'art. 1224 riconosce, infatti, al creditore il diritto di far valere il danno ulteriore che avesse subito fornendo la dimostrazione del pregiudizio subito secondo le generali regole probatorie stabilite al precedente art. 1223.

La tutela del creditore pecuniario si articola pertanto attraverso una doppia tutela. Agli interessi moratori, riconosciuti in via generale per l'inadempimento o il ritardo, si aggiunge l'eventuale ulteriore risarcimento nel caso in cui il pregiudizio non risultasse già ristorato dagli interessi.

È per questo che, con linguaggio chiaro ed estremamente efficace, l'art. 1224, 2° comma, stabilisce che al creditore che dimostra di avere subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento.

Apparentemente sembra che la natura di questo ulteriore risarcimento sia orientata verso l'eventuale mancato guadagno subito dal creditore per non avere avuto la disponibilità della somma dovuta dal debitore alla scadenza dell'obbligazione pecuniaria e non avere potuto, quindi, realizzare convenienti ed opportune utilizzazioni della somma di danaro.

In ogni caso non si tratterebbe di una prova agevole per il creditore, in quanto, per assolvere l'onere probatorio, non sarebbe certamente sufficiente limitarsi ad indicare le possibili convenienti utilizzazioni del danaro che, per mancanza della disponibilità della somma, sono rimaste impossibili per il debitore¹⁰².

In primo luogo sarebbe necessario fornire sufficienti ed adeguati elementi probatori in ordine all'effettiva e concreta possibilità di utilizzazione e di investimento che sono sfumate per inadempimento del debitore. Ciò significa che dovrebbe trattarsi di una possibilità effettivamente concreta ed attuale, ad esempio connessa a rapporti contrattuali già in essere. Tale potrebbe essere l'avvenuta stipulazione di un vincolo contrattuale preliminare, al quale il creditore pecuniario, non avendo ricevuto la somma di danaro dal debitore, non ha potuto dare seguito, subendo pertanto il pregiudizio del mancato guadagno.

In realtà, proprio in considerazione della particolare natura del danaro che per il suo carattere del tutto fungibile e per la sua immanenza ad ogni sistema economico può essere sempre rinvenuto nel mercato, e particolarmente nel mercato del credito, la dimostrazione da parte del creditore di siffatto mancato guadagno, conseguente alla mancata disponibilità del danaro alla scadenza, potrebbe trovare da parte del debitore l'opposizione di una facile eccezione. Tale ec-

¹⁰² Il problema fu lucidamente esaminato nei primi anni di entrata in vigore del codice civile da NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, cit., 42.

cezione potrebbe consistere nel fatto che il creditore avrebbe comunque potuto ovviare alla mancanza di danaro, causata dal mancato incasso del credito, procacciandosi in altro modo la somma di danaro, ad esempio facendo ricorso al credito bancario, con conseguente riconduzione in questo caso dell'obbligazione risarcitoria, piuttosto che al mancato guadagno, ai maggiori oneri sopportati per approvvigionarsi della somma sul mercato.

Il riconoscimento del diritto al risarcimento del maggior danno conduce, dunque, il creditore a far valere titoli risarcitori non necessariamente espressione di un lucro cessante, quanto piuttosto espressione degli eventuali maggiori oneri subiti per effetto della mancata disponibilità della somma di danaro.

In concreto, le possibilità di vedere accolte siffatte domande risarcitorie risultano fortemente limitate, considerata l'esigenza di fornire allegazioni effettivamente ancorate all'economia del creditore e soprattutto alla dimostrazione di un adeguato nesso di causalità, per il quale non è certamente agevole la dimostrazione della consequenzialità tra il ritardo subito dal creditore e l'allegazione degli oneri concretamente ricaduti sul creditore.

Nel panorama della giurisprudenza, peraltro, l'applicazione di un siffatto principio risulta certamente non facile, né d'altro canto è frequente rinvenire decisioni che mettano in luce tali fattispecie. Questo dipende dal fatto che, alla difficoltà della prova, si aggiunge probabilmente la comprensibile prudenza del creditore che, di fronte all'inadempimento del debitore alla prestazione pecuniaria principale, spesso non ritiene opportuno investire tempo e risorse per dimostrare possibili ulteriori crediti che, considerato l'inadempimento del debitore sulla prestazione principale, possono apparire al creditore difficilmente esigibili in concreto.

Nella comune sensibilità economica il pregiudizio che più diffusamente viene avvertito da qualsiasi creditore pecuniario è quello che viene subito quale conseguenza della perdita di valore nel tempo del danaro stesso. Questo, essendo legato alla stessa natura del danaro, colpisce indifferentemente qualsiasi creditore, indipendentemente dalle sue caratteristiche professionali, reddituali, sociali, ecc.

Si tratta di un pregiudizio conseguente alla perdita di valore della moneta e che viene avvertito con universale consapevolezza in ogni sistema economico.

Il profilo problematico risiede piuttosto nello stabilire chiaramente in quali casi tale pregiudizio possa assumere rilevanza e possa essere fatto valere dal creditore.

Come è noto, infatti, il principio nominalistico, che domina il diritto delle obbligazioni aventi ad oggetto il pagamento di una somma di danaro, comporta che il debitore estingua validamente l'obbligazione con l'attribuzione al creditore di unità monetarie in una quantità pari a quella dovuta secondo il titolo dell'obbligazione, senza avere riguardo al valore intrinseco delle unità monetarie oppure al fatto che, nel lasso di tempo trascorso tra il sorgere dell'obbligazione e la scadenza, il valore di scambio del danaro sia diminuito, comportando un

minore valore d'acquisto della somma di danaro oggetto dell'obbligazione ed attribuita in pagamento.

Tale regola attiene alla definizione della quantità di moneta legale dovuta dal debitore, che, secondo appunto il principio nominalistico, si determina in base al valore nominale che lo Stato attribuisce ad essa, senza riguardo al valore intrinseco: oggetto dell'obbligazione non è la materia di cui le monete sono, ma una quantità commisurata al valore loro attribuito¹⁰³.

Se quindi, al momento in cui si verifica la scadenza dell'obbligazione, la somma di danaro dovuta risulta avere perduto il valore d'acquisto che aveva precedentemente al momento in cui era sorta l'obbligazione, con il pagamento della stessa quantità di unità monetarie originariamente oggetto dell'obbligazione il debitore si libera dall'obbligazione ed estingue efficacemente il suo debito.

Il creditore, d'altra parte, con la somma ricevuta non conseguirà nel suo patrimonio una capacità di acquisto e di scambio pari a quella che con la stessa somma di danaro poteva realizzare al momento del sorgere dell'obbligazione.

Ma questo non è considerato dall'ordinamento un pregiudizio, bensì una delle specifiche caratteristiche del danaro che, essendo nello stesso tempo misura dei valori e strumento di scambio, è tutt'altro che immutabile nel suo valore di scambio ma piuttosto subisce il continuo ed incessante adeguamento che ogni bene e valore economico continuamente assume nel mercato.

Ben diverso è il caso in cui il creditore lamenti che, nel tempo successivo all'infruttuosa scadenza dell'obbligazione, e cioè dopo il verificarsi dell'indebitamento del debitore, le unità monetarie dovute abbiano subito un deprezzamento.

In questo caso, nella considerazione della rilevanza del pregiudizio, i criteri che governano la materia sono principalmente quelli della valutazione dell'indebitamento dell'obbligazione e delle sue conseguenze sul piano risarcitorio, restando non direttamente applicabile e «sullo sfondo» il vincolo della invariabilità della prestazione monetaria del principio nominalistico.

La stessa Relazione al codice civile sottolineava che l'alterazione di valore della moneta dovuta può verificarsi durante la mora del debitore e prendeva atto del fatto che il caso non è previsto espressamente dalla disciplina delle obbligazioni pecuniarie, ma aggiungeva molto opportunamente che tale mancata disciplina si spiegava perché esso si risolve in un danno, che è risarcibile secondo gli artt. 1218 e 1224, 2° comma.

La possibile applicabilità della disciplina del risarcimento del danno parte dalla considerazione che le perdite di valore del danaro possono essere escluse o limitate attraverso un'accorta utilizzazione del danaro stesso che, attraverso op-

¹⁰³ Sono parole della Relazione al codice civile n. 592, che ciò prosegue: «La riconferma del nominalismo rispondeva ad un'esigenza razionale della vita economica, esso solo infatti consente di raffigurarci i debiti pecuniari come entità costanti e cioè di ridurre a certezza l'entità economica di ogni debito».

portune trasformazioni in altri beni ed altri valori, venga per tempo sottratto al logoramento della perdita di valore della moneta.

Si tratta di iniziative e di pratiche sicuramente possibili e spesso anche coronate da successo, ma tutte necessariamente presuppongono come condizione indispensabile che chi voglia attuare le più diverse iniziative per contrastare il progressivo logoramento della perdita di valore del danaro ne abbia la concreta disponibilità.

Il debitore pecuniario, che alla scadenza non paga la somma dovuta, impedisce al creditore di prendere qualsiasi iniziativa a salvaguardia del valore del danaro stesso.

Conseguentemente, quando il debitore effettuerà il pagamento in ritardo, pur avendo il debitore adempiuto esattamente all'obbligazione (stessa quantità di unità monetarie in obbligazione, euro o dollari o sterline), sul piano del valore di scambio, la somma di danaro conseguita avrà un valore più limitato rispetto a quello del tempo in cui sarebbe dovuto avvenire il pagamento.

L'intera questione della risarcibilità del danno da inflazione al creditore, che subisce l'inadempimento ed ottiene in ritardo la somma dovuta svalutata dal debitore pecuniario, si impernia dunque su un problema interpretativo di fondo.

A fronte della svalutazione della somma verificatasi durante la mora, sono astrattamente possibili due soluzioni interpretative.

Secondo una prima interpretazione, si potrebbe sostenere che il creditore debba fornire la dimostrazione che, se avesse ottenuto il pagamento per tempo (e cioè alla scadenza della obbligazione), avrebbe utilizzato la somma secondo una modalità idonea per evitare che nel suo patrimonio si verificassero le conseguenze della perdita di valore che il danaro avrebbe successivamente subito per effetto della inflazione. Secondo un'altra interpretazione, in considerazione del carattere generale, diffuso e quantificabile attraverso organismi di rivelazione dell'aumento del costo della vita (quale l'Istat), potrebbe essere piuttosto possibile riconoscere e liquidare al creditore un risarcimento del danno, liquidato in misura pari alla perdita del potere d'acquisto della moneta misurato appunto secondo gli stessi indici Istat.

Già nel vigore dell'abrogato codice, la dottrina si era più volte domandata se gli interessi dovessero considerarsi l'unica possibile forma per indennizzare i danni subiti dal creditore di danaro durante il periodo di mora, arrivando ad ammettere il risarcimento dei maggiori danni nei casi in cui gli interessi moratori risultassero del tutto inadeguati a compensare le conseguenze dannose del ritardo e questo fosse stato doloso¹⁰⁴. Il problema del carattere non esaustivo degli interessi moratori come liquidazione forfettaria di tutti i possibili danni subiti dal creditore fu, d'altro canto, già negli anni a cavallo del XX secolo affrontato

¹⁰⁴ In questo senso, GIORGI, *op. cit.*, II, § 126, 201; RICCI, *Corso teorico pratico*³, VI, cit., §§ 221, 278; Cass. Napoli, 8-1-1900 (*Annali*, 1900, 169); Cass. Torino, 14-7-1884 (*ivi*, 1884, 603); per l'opinione dominante contraria a questa interpretazione, v. POLACCO, *op. cit.*, I, 464 ss.

in Germania e in Francia trovando, ad esempio, nel progetto italo-francese di diritto delle obbligazioni, significative soluzioni¹⁰⁵. Siffatte tendenze, divenute ormai negli anni Trenta convincimento della migliore e più moderna dottrina¹⁰⁶, ebbero, come è noto, nel codice civile del 1942 piena affermazione.

Questa nuova disposizione, aprendo la via ad una valutazione integrale e soggettiva del danno subito dal creditore di danaro, ha ricondotto, almeno sotto questo aspetto, anche le obbligazioni pecuniarie nell'ambito della disciplina comune dell'adempimento.

Le motivazioni che hanno portato a questa rilevante innovazione indicano, ancora una volta, lo stretto collegamento tra la disciplina della mora nelle obbligazioni pecuniarie e la dinamica economica del mercato dei capitali.

Frequentemente la dottrina venne a lamentare l'inadeguatezza del tasso di interessi, determinato in misura fissa dalla legge, rispetto a quello solitamente praticato nel mercato dei capitali. Appariva, infatti, estremamente contraddittorio con la logica di un mercato, dominato ormai dall'utilizzazione anche speculativa del denaro, che il creditore non potesse in alcun modo lamentare perdite in misura maggiore al saggio legalmente fissato per gli interessi moratori, quando ormai l'impiego della somma di danaro sul mercato dei capitali, anche attraverso il più comune deposito bancario, avrebbe assicurato un saggio di interessi certamente superiore a quello legale¹⁰⁷.

D'altro canto se in origine la determinazione *ex lege* degli interessi moratori (quindi in una misura fissa, indipendentemente dall'entità del danno concretamente subito dal creditore) si spiegava con l'esistenza di un «tetto legale» per la stipulazione degli interessi, una volta venuto meno questo limite generale, ed emancipata ormai la contrattazione del costo del danaro da ogni limite che non fosse quello, peraltro molto diverso, del reato di usura¹⁰⁸, l'attribuzione al creditore pecuniario, in caso di ritardo nell'adempimento, dei soli interessi moratori determinati nei modi che abbiamo già visto appariva sostanzialmente inadeguata ed anacronistica.

Del tutto conseguente alla nuova situazione era, peraltro, l'onere della prova

¹⁰⁵ L'art. 102 del progetto italo-francese per le obbligazioni e i contratti prevedeva che il giudice potesse attribuire, oltre agli interessi, un risarcimento ulteriore al creditore che avesse dimostrato di avere subito un danno maggiore.

¹⁰⁶ Cfr. ASCARELLI, *Limiti di applicabilità dell'art. 1231 c.c.*, cit., 392 ss.

¹⁰⁷ V. per tutti le osservazioni di ASCARELLI, *op. cit.*, alla nota prec., 393: «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 così ancora 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 danaro al 5%, anziché al 5,5%; o al 6%. È necessario dire che tutto ciò è assurdo?».

¹⁰⁸ Cfr. su questo punto G.B. FERRI, *Interessi e criterio di normalità* (RDCo, 1975, I, 273 ss.).

imposto dall'art. 1224, 2° comma, al creditore al fine di ottenere il risarcimento del maggior danno. Il saggio degli interessi moratori, stabilito in misura fissa attraverso il riferimento al tasso legale, era ancora ritenuto (non ultimo, per la forza della tradizione precedentemente illustrata) non lontano o, per lo meno, ancora omogeneo alla misura media del tasso degli interessi corrispettivi realizzabili nel mercato dei capitali (non a caso il saggio fissato nel codice civile del 1942 per gli interessi legali è ancora del 5%: art. 1284) e, di conseguenza, la domanda del creditore diretta ad ottenere la liquidazione di una misura ulteriore e più ampia del danno (maggior danno) doveva essere sorretta da una specifica prova da parte del creditore.

Il regime di piena libertà di contrattazione del danaro esclude, infatti, che si possa preventivamente stabilire la misura del danno subito dal creditore per il ritardato adempimento. Questi, in sostanza, deve dimostrare che, se avesse potuto godere della somma dovuta sin dalla scadenza, sarebbe stato in grado di utilizzarla in modo tale da realizzare utili maggiori rispetto a quelli rappresentati dal tasso legale degli interessi, oppure, altrimenti, di evitare perdite.

Tutto questo corrisponde ad una logica piuttosto semplice secondo la quale le vicende economiche legate ad una dinamica di mercato non possono essere presunte: la realizzazione o meno, nel nostro caso, di guadagni attraverso l'utilizzazione del danaro non può essere basata su pratiche presuntive, in quanto soggettivo e contingente si presenta il comportamento economico di ciascun soggetto privato. Partendo da queste premesse, è evidente che non sarà sufficiente per il creditore, ad esempio, la sola dimostrazione che il saggio di interesse comunemente praticato (ad es. per i depositi) supera quello moratorio, bensì sarà necessaria una prova più specifica, diretta a dimostrare che quella del deposito bancario o altro sarebbero state le destinazioni della somma di danaro, nel caso in cui il creditore ne avesse potuto godere alla scadenza.

Nell'ambito della problematica della valutazione del maggior danno, uno dei problemi centrali è stato quello della risarcibilità o meno della svalutazione monetaria sofferta dal creditore nel periodo di mora¹⁰⁹. La giurisprudenza, dopo alcune incertezze specie dei giudici di merito¹¹⁰, è risultata complessivamente orientata a riconoscere la risarcibilità anche dei danni da svalutazione monetaria verificatasi durante la mora, a condizione che il creditore avesse dimostrato di aver risentito un particolare pregiudizio per non aver potuto disporre della somma dovuta alla scadenza. Questi avrebbe dovuto – a parere della giurispru-

¹⁰⁹ È noto che un passo della Relazione del ministro guardasigilli al codice civile, contenuta al § 592, sembra consentire la possibilità di includere tra i danni risarcibili quelli dipendenti da alterazioni dal valore della moneta, verificatasi durante la mora del debitore: l'alterazione di valore della moneta dovuta può verificarsi durante la mora del debitore. Il caso non è previsto espressamente perché esso si risolve in un danno che è risarcibile secondo gli artt. 1218 e 1224.

¹¹⁰ Cfr. A. Firenze, 7-1-1947 (*MT*, 1947, 70); T. Perugia, 20-6-1947 (*GI*, 1947, I, 2, 457); A. L'Aquila, 23-8-1947 (*ibidem*).

denza¹¹¹ e, sia pure con variegata sfumature, della dottrina¹¹² – non solo dimostrare che se reinvestita tempestivamente la somma dovuta sarebbe stata sottratta alla svalutazione, ma anche che ad un determinato specifico reimpiego si fosse già indirizzato e concretamente predisposto.

La prova che veniva richiesta era, peraltro, notevolmente rigorosa. Secondo una giurisprudenza sufficientemente costante, il creditore danneggiato avrebbe dovuto dimostrare non solo che avrebbe impiegato la somma nell'acquisto di beni immobili, ma addirittura che il reinvestimento era stato effettivamente preparato al punto tale da far ragionevolmente supporre che l'affare si sarebbe effettivamente concluso (esistenza di un preliminare, conduzione delle trattative fino ad un grado di notevole certezza, ecc.)¹¹³. Solamente in casi del tutto particolari l'onere della prova a carico del creditore fu facilitato: allorquando le qualità personali e professionali del creditore, l'attività abituale commerciale e industriale avessero fondatamente fatto supporre che, con molta probabilità, la somma, se fosse stata pagata alla scadenza, sarebbe stata anche immediatamente reinvestita in attività produttiva sfuggendo, quindi, agli effetti dannosi della svalutazione¹¹⁴.

Su tale problema alla fine degli anni Settanta la III sezione della Cassazione¹¹⁵ venne a manifestare un *revirement*, rimettendo in discussione i principi precedentemente consolidati in una giurisprudenza che appariva sostanzialmente univoca. In questa significativa sentenza, in contrasto con l'interpretazione precedente, che consentiva al creditore di essere indennizzato dei danni conseguenti alla svalutazione solo ed in quanto questi fornisse la prova di aver subito un particolare pregiudizio, fu affermato che il fenomeno della svalutazione doveva essere valutato nel suo significato economico come danno concreto e reale, cioè come perdita secca derivante dal diminuito valore d'acquisto della moneta. In questo senso la svalutazione monetaria rientrerebbe nell'art.

¹¹¹ V. Cass., 19-10-1977, n. 4463 (FI, 1978, I, 336), di cui riportiamo la massima: «è ormai *jus receptum* nella giurisprudenza di questa Corte Suprema, che i danni da svalutazione monetaria sono dovuti, ai sensi del 2° comma dell'art. 1224 c.c., solo se il creditore dimostri di aver risentito un particolare pregiudizio per non avere a tempo debito potuto predisporre della somma dovutagli, della quale, se riscossa tempestivamente, avrebbe fatto un impiego che l'avrebbe, in tutto o in parte, sottratta alla svalutazione monetaria. Occorre, cioè, che il creditore dimostri di avere risentito di un particolare pregiudizio per non aver potuto disporre della somma dovutagli, il cui impiego era stato effettivamente apprestato e concretamente predisposto»; con nota di AMATUCCI, ed ampi riferimenti giurisprudenziali.

¹¹² V. la rassegna di QUADRI, *Svalutazione monetaria e principio nominalistico*, cit., 404. In ogni caso di estrema importanza, non ultimo per l'influenza esercitata, nello sviluppo della successiva dottrina e giurisprudenza, NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, cit., 41.

¹¹³ Cfr. Cass., 11-4-1962, n. 2832 (MFI, 1962).

¹¹⁴ Cfr. Cass., 23-7-1969, n. 2772 (MFI, 1969).

¹¹⁵ Cfr. Cass., sez. III, 30-11-1978, n. 5670 (GC, 1978, I, 1909).

1223, che nel diritto italiano delinea gli elementi che debbono essere presi in considerazione per il risarcimento del danno, nella prima più immediata delle sue componenti, cioè la perdita subita dal creditore, e non nella seconda, il mancato guadagno.

Partendo da questa premessa, in verità molto frettolosamente indicata, quella sentenza della III sezione della Cassazione argomenta con estrema sicurezza la piena e totale risarcibilità dei danni da svalutazione. Se, infatti, si concepisce il fatto della svalutazione come un danno concreto e reale da identificare nell'ambito dell'immediata perdita subita dal creditore (e non come un evento dal quale possono, secondo determinati presupposti, conseguire danni per il creditore, come in sostanza affermava la giurisprudenza precedente riferendosi piuttosto al mancato guadagno), è evidente che la prova riuscirà per il creditore più semplice, in quanto basterà indicare il danno in se stesso, e cioè la svalutazione in se stessa, e non sarà necessario dar luogo a specifiche dimostrazioni del nesso di causalità tra il fatto della svalutazione e i danni subiti. La Cassazione ritenne pertanto di poter affermare che la richiesta del creditore di maggiori danni, conseguenti alla svalutazione, non necessita di particolari prove, ma può più semplicemente basarsi sul fatto notorio della svalutazione monetaria in quanto questa costituisce, infatti, una perdita per il creditore, un danno concreto e reale, che si esprime nel fatto stesso del diminuito potere di acquisto della somma dovuta dal debitore. Di conseguenza, ha affermato la Cassazione, la «somma che il debitore era tenuto a pagare (...) deve essere necessariamente rivalutata, alla stregua di indici pubblicizzati di sicura attendibilità, affinché quel "valore", che sarebbe entrato nel patrimonio del creditore nel caso di adempimento puntuale, mantenga il suo identico contenuto sostanziale nel momento in cui viene liquidato il risarcimento».

Non vanno inoltre dimenticate, a monte di queste affermazioni, altre considerazioni, che potremmo dire di realismo giuridico, abbastanza chiaramente espresse nella motivazione e che, con molta probabilità, costituiscono il vero fondamento della decisione in esame. In una situazione economica quale quella degli anni Settanta ed Ottanta del secolo scorso, caratterizzata da un continuo e costante processo inflattivo e da una concorrente tendenza, invero mai frenata, a rendere sempre più lunghi i tempi dei processi civili, la Cassazione mostrò una importante e sensibile consapevolezza del fatto che una interpretazione restrittiva dell'art. 1224, 2° comma, avrebbe comportato, nel maggiore dei casi, la frustrazione economica delle pretese pur vittoriose e fondate del creditore ed un indiretto arricchimento del debitore, che non solo poteva ritardare per anni il pagamento ma avrebbe anche potuto liberarsi del debito con un adempimento realizzato attraverso l'attribuzione di moneta profondamente svalutata¹¹⁶.

¹¹⁶ Questo problema particolarmente grave è stato deciso dalle Sezioni Unite, Cass., 9-1-1978, n. 57 (GC, 1978, I, 7), in relazione al caso in cui il danneggiato abbia a proprie spese provveduto ad eliminare o ridurre le conseguenze dannose derivanti da fatto illecito. Le Sezioni Unite, contro

Queste pronunce della seconda metà degli anni Settanta hanno rappresentato l'inizio di una delle più ampie elaborazioni di diritto giurisprudenziale che, come del resto è avvenuto in altri importanti settori (basti pensare alla giurisprudenza in materia fallimentare, particolarmente sulla revocatoria fallimentare, oppure alla giurisprudenza in materia di responsabilità civile), ha caratterizzato l'evoluzione giuridica più significativa degli ultimi decenni.

Il primo passo verso il riconoscimento del danno da inflazione fu compiuto dalla giurisprudenza con la sentenza n. 5670/1978, secondo la quale il fenomeno della svalutazione monetaria doveva essere valutato come danno concreto e reale e cioè come perdita secca derivante dal diminuito potere d'acquisto della moneta, ammettendo per la prima volta la piena risarcibilità dei danni da inflazione. Sulla base di tali premesse il danno subito dal creditore andava ristorato attraverso la rivalutazione della somma dovuta alla stregua di indici pubblicizzati di sicura attendibilità (vale a dire attraverso l'applicazione degli indici Istat).

La successiva giurisprudenza ha corretto e rivisitato questo criterio anche in modo significativo. In ogni caso, possiamo dire che sicuramente da allora nella nostra giurisprudenza non è stata più messa in dubbio l'ammissibilità del risarcimento per il danno da inflazione (o, se si preferisce, conseguente all'inflazione). Nella giurisprudenza si è consolidata inoltre la tendenza volta a costruire percorsi probatori articolati, piuttosto che su una stretta dimostrazione di tutte le cause efficienti ordinate secondo una stretta catena causale, attraverso presunzioni legate alle caratteristiche soggettive, professionali o sociali del creditore, secondo una tendenza volta a favorire l'adempimento dell'onere probatorio. Questo anche al fine di consentire, in considerazione del carattere diffuso e tendenzialmente uniforme della distribuzione nel ceto dei creditori, alla più ampia serie dei creditori di dimostrare il pregiudizio subito per effetto del diminuito valore della moneta.

La Cassazione è intervenuta più volte sul tema con pronunce emesse dalla Sezioni Unite. Con la sentenza n. 3776/1979 (seguita dalla sentenza del tutto

una costante giurisprudenza che sosteneva che l'originaria obbligazione risarcitoria si verrebbe a trasformare da debito di valore in debito di valuta soggetta, quindi, al principio nominalistico, hanno affermato, al contrario, che in questo caso l'obbligazione non perderebbe la sua natura di debito di valore e che, dunque, al fine della reintegrazione del patrimonio del danneggiato nella situazione preesistente, anche le somme erogate dal danneggiato sono suscettibili di rivalutazione in relazione al mutamento del potere di acquisto della moneta. In tal caso l'inflazione veniva a «punire» in modo particolarmente grave il creditore diligente; questi spontaneamente aveva cercato di attenuare le conseguenze dell'altrui illecito comportamento e per l'indebitamento del debitore era stato costretto ad agire in giudizio ottenendo, però, un risarcimento in termini economici molto inferiore, a causa dell'inflazione, allo sforzo finanziario da lui stesso affrontato per riparare il danno. Una rigida applicazione del principio nominalistico aveva, di conseguenza, molto spesso spinto ad un aumento della litigiosità (particolarmente in un settore quale quello dell'infortunistica); il debitore tendeva a procrastinare la propria prestazione risarcitoria il più a lungo possibile al fine di potersi liberare (cioè dopo molti anni) con il pagamento di una somma di danaro che, sia pure corretta con gli interessi di mora, era di fatto molto lontana da quella originaria dovuta.

conforme n. 5572/1979) fu corretto il criterio del perfetto automatismo del risarcimento ancorato agli indici Istat, e fu affermato che «in caso di inadempimento dell'obbligazione pecuniaria la svalutazione monetaria verificatasi durante la mora del debitore non giustifica il risarcimento automatico nella misura della svalutazione stessa, sebbene un risarcimento commisurato all'effettivo pregiudizio patrimoniale del creditore in relazione all'impiego che egli avrebbe presumibilmente fatto del danaro, ove lo avesse tempestivamente ricevuto, secondo un criterio personalizzato di normalità; ed a tal fine è utilizzabile ogni mezzo di prova compresi il notorio acquisito dalla comune esperienza e le presunzioni desumibili dalle condizioni e qualità personali del creditore».

La giurisprudenza, dunque, confermò pienamente la necessità di assicurare al creditore il risarcimento del danno da inflazione, ma introdusse nuovi criteri, che, nello stesso tempo, erano finalizzati tanto all'individuazione e delimitazione del danno risarcibile, quanto all'uniformazione e generalizzazione del percorso probatorio attraverso un itinerario semplificato. Essi furono definiti criteri personalizzati di normalità, volti appunto ad individuare e misurare l'effettiva incidenza dell'inadempimento sul patrimonio del singolo creditore in relazione alla svalutazione monetaria.

Negli anni Ottanta le Sezioni Unite intervennero ripetutamente con diverse sentenze (nn. 2318/1983, 2564/1984, 2368/1986)¹¹⁷, che riconobbero al creditore la possibilità di avvalersi di presunzioni e dati economici di comune esperienza per dimostrare che, se il pagamento fosse avvenuto al tempo della scadenza, il creditore avrebbe potuto evitare il danno da inflazione.

La Cassazione prendeva quindi atto del fatto che costituisce ormai un dato di comune esperienza che l'inflazione produca effetti depauperatori per tutti i possessori del danaro, ma osservava che questi effetti si distribuiscono diversamente sulle diverse categorie economiche socialmente più significative, in quanto l'impiego del danaro non è per tutti i soggetti lo stesso, ma si differenzia a seconda che chi lo possieda sia imprenditore, risparmiatore abituale, creditore occasionale, modesto consumatore, ecc. Attraverso queste decisioni, cui certamente la Cassazione pervenne sulla base di una riflessione ampiamente meditata e condivisa al suo interno, furono formulate importanti regole per l'individuazione della risarcibilità e per la quantificazione e liquidazione del danno da svalutazione monetaria. Regole che si aggiungevano ed integravano le ben più scarse norme del codice, ormai certamente inadeguate a governare rapporti obbligatori di carattere pecuniario sempre più logorati da un tasso di inflazione elevato ed incessante.

Il diritto giurisprudenziale così creato ha consentito, a nostro parere, in modo più che lodevole di salvare la stessa credibilità ed efficacia del sistema dei rapporti contrattuali e di aprire la via ad una sufficiente tutela delle ragioni di una

¹¹⁷ Cass., 30-3-1983, n. 2318 (*MFI*, 1983); Cass., 19-4-1984, n. 2564 (*GC*, 1984, I, 2112); Cass., 5-4-1986, n. 2368 (*ivi*, 1986, I, 1595).

categoria, quale quella dei creditori pecuniari, che abbraccia qualsiasi soggetto giuridico, essendo il danaro il mezzo di scambio di qualsiasi bene, utilità e rapporto giuridico.

La regola creata dalla Cassazione si basava su una complessa soluzione interpretativa, nella quale venivano insieme coniugati due criteri guida della fattispecie risarcitoria, vale a dire il maggior costo affrontato dal creditore ed il mancato guadagno.

Veniva confermata, quindi, la regola dell'onere della prova da parte del creditore, ma nello stesso tempo essa veniva resa più agevole per il creditore e ben più gestibile sul piano processuale per il giudice chiamato a liquidare il danno. Tale danno infatti nello stesso tempo si presenta evidente nel suo accadimento ma anche problematico nella sua incidenza soggettiva, e questo a causa dell'inserimento delle diverse figure soggettive di creditore in un percorso predefinito, costruito, come abbiamo visto, attraverso criteri personalizzati di normalità, come appunto furono definiti dalla Cassazione.

Fu quindi individuata la categoria del creditore-imprenditore, al quale veniva assegnato il percorso di semplificazione probatoria attraverso due presunzioni: *a)* il risultato dell'attività di impresa di un periodo significativo avrebbe potuto fornire un indice utilizzabile per stabilire quale risultato l'imprenditore avrebbe conseguito attraverso il normale impiego del danaro, se avesse avuto la somma a disposizione; *b)* il costo del danaro ed, in particolare, lo scarto tra interesse legale e tasso di mercato dell'interesse praticato dalle banche alla «migliore clientela» per il credito a breve termine, che un tempo era definito *prime rate*.

La stessa Cassazione specificava che questo criterio, essendo espressione del danno emergente, ed essendo ancorato ad un parametro, il *prime rate*, facilmente riscontrabile, andava considerato come il principale criterio, e talora quale unico criterio nei casi in cui l'impresa creditrice si trovasse così un bilancio in pareggio o addirittura in perdita. Infatti, in questi casi non sarebbe stato possibile applicare alcun criterio connesso ad un utile mancato, in quanto non sarebbe stato possibile individuare alcun utile nel periodo.

Altri criteri personalizzati di normalità vennero individuati ed applicati al risparmiatore abituale, al creditore occasionale ed al modesto consumatore.

Il primo, risparmiatore abituale, per accedere al risarcimento doveva dimostrare la tipologia degli investimenti abitualmente effettuati, in modo da ricavare in via presuntiva il possibile reddito che avrebbe tratto da similari investimenti, quali gli interessi sui titoli di stato o il rendimento azionario.

Il secondo, creditore occasionale, non essendo uso ad altri investimenti, si sarebbe limitato a depositare la somma su conto bancario e, pertanto avrebbe potuto richiedere la remunerazione media dei depositi bancari.

Il terzo, modesto consumatore, se avesse avuto la somma alla scadenza dell'obbligazione, l'avrebbe consumata per i suoi bisogni quotidiani, ed avrebbe realizzato in pieno il valore della moneta prima che si verificasse la svalutazione, sottraendosi in questo modo del tutto agli effetti dannosi della svalutazione.

Conseguentemente a quest'ultima figura di creditore veniva riconosciuta la possibilità di determinare forfettariamente il danno, facendo riferimento agli indici Istat.

Il fatto che un siffatto criterio fosse agevolmente applicabile attraverso il semplice riferimento a parametri del tutto oggettivi e facilmente riscontrabili indusse la giurisprudenza successiva a consentirne l'applicazione in modo tendenzialmente più generalizzato.

Una siffatta articolazione di schemi soggettivi, limitati a un numero chiuso di categorie economiche, incanala su binari prefissati l'intero regime probatorio. La dimostrazione e la quantificazione del danno discendono, in via pressoché automatica, dal fatto che il creditore abbia fornito elementi idonei a ricomprendere la sua persona in una delle descritte categorie, piuttosto che dalla dimostrazione dello specifico pregiudizio patrimoniale subito ed individuato nelle sue possibili componenti di perdita, di maggior costo subito e di mancato guadagno.

Il pregio della costruzione risiedeva nella ormai definitiva scelta di dare rilevanza al fenomeno inflattivo e di aprire la via ad una risarcibilità il più possibile generalizzata del pregiudizio, conseguente alla perdita di valore della moneta.

Il limite risiedeva nello stesso tempo nella difficoltà di andare in concreto ad individuare la categoria appropriata che risultasse idonea a rappresentare le caratteristiche di ogni creditore. Questo non soltanto per le difficoltà di distinguere in concreto tra categorie similari, quali il creditore occasionale, il consumatore o lo stesso risparmiatore abituale, ma anche perché le scelte di utilizzazione del danaro che opera qualsiasi soggetto appartenente ad una delle diverse categorie non sono e non possono essere tutte dello stesso contenuto, bensì dipendono da mille fattori del tutto casuali e contingenti e comunque non suscettibili di una previsione attendibile.

A questo possiamo aggiungere che, essendo il danaro lo strumento con cui ciascuno compie qualsiasi possibile scelta economica, ed essendo le scelte economiche anche espressione della più mutevole e casuale personalità umana, per nulla prevedibile, può risultare fortemente arbitrario ritenere che coloro che vengono ricondotti alla figura dell'imprenditore effettuoino scelte economiche sempre dello stesso tipo e contenuto. Questo vorrebbe dire che questi utilizzano sempre il danaro quale investimento in attività produttive oppure che per sopprimere alla mancata disponibilità del danaro ricorrono sempre al credito bancario (e trovano banche che glielo concedano). Allo stesso modo si dovrebbe ritenere che il risparmiatore abituale o il creditore occasionale, piuttosto che depositare il danaro in banca, cessino la loro vocazione al risparmio ed alla frugalità e finalmente cedano alle tentazioni consumistiche.

Va inoltre osservato che, con la creazione di queste categorie, venivano per via giurisprudenziale instaurati diversi regimi di risarcimento inevitabilmente caratterizzati da diversi livelli di difficoltà e rigore probatorio.

A questo punto non si vede come possa essere razionale e giustificato impedire ad un creditore, che per qualsiasi motivo ritiene troppo oneroso o comun-

que non si sente di impegnarsi a provare gli elementi relativi al suo *status* oppure altri elementi relativi alla sua attività o al suo comportamento abituale, di chiedere il trattamento riservato ad altre categorie che, per le più modeste caratteristiche del loro *status* e per la più immediata prevedibilità dei comportamenti, possono accedere ad un trattamento probatorio e liquidativo del danno ancor più automatico e lineare. Lo stesso imprenditore, ad esempio, potrebbe avere interesse al trattamento del modesto consumatore, in vista del trattamento meno brillante ma più sicuro della liquidazione del danno nella misura degli indici Istat.

Un tale interesse emerge talora quale conseguenza delle stesse preclusioni processuali. Ad esempio, il creditore che si deve impegnare in un giudizio per ottenere la condanna del suo debitore potrebbe valutare antieconomico sul piano processuale aggiungere all'onere probatorio connesso all'accertamento del suo credito anche l'onere della prova, sia pure semplificato, delle conseguenze dell'inflazione, verificatasi durante la mora nel suo patrimonio. Sul piano probatorio processuale, infatti, si tratta pur sempre di allegazioni ulteriori, che, pur semplificate secondo gli schemi presuntivi già accennati, appesantiscono ulteriormente l'istruttoria della causa. È pertanto comprensibile e difficilmente contestabile la scelta, ad esempio, del creditore-imprenditore che, seguendo una linea difensiva prudente, chieda la liquidazione del danno secondo i criteri previsti per il modesto consumatore, vale a dire secondo gli indici Istat, essendo difficilmente contestabile che quel trattamento previsto appunto per gli operatori economici più modesti non si applichi anche a coloro che del danaro, per il loro *status* e per le loro capacità di investimento, potrebbero meglio utilizzarlo.

Appare pertanto comprensibile che nel corso del tempo l'applicazione pratica dei criteri elaborati con il descritto diritto giurisprudenziale abbiano inevitabilmente subito una tendenza ad una maggiore semplificazione. Questa è stata sollecitata dagli stessi creditori, che non sempre sono stati così pronti ed organizzati nel fornire le prove che, se anche semplificate, venivano pur sempre richieste. Inoltre è indubbio che l'applicazione di criteri il più possibile semplificati di liquidazione del danno presenta per gli organi giudicanti il vantaggio di una maggiore certezza e di una maggiore affidabilità sul piano della equità e definitività del giudizio, mentre talora l'inerpicarsi nell'accertamento dei caratteri soggettivi e dei comportamenti abituali, identificati come tipici di questa o di quella categoria dei creditori, conduce a risultati di assai scarsa attendibilità. È comprensibile, pertanto, che tali modalità di semplificazione probatoria spesso non siano stati condivise dalla nostra giurisprudenza, che, se pur disponibile a percorrere anche i più innovativi percorsi applicativi, è poi attenta ad evitare che le sue decisioni non risultino criticabili per mancanza di coerenza o di attendibilità dell'accertamento di presupposti applicativi della fattispecie risarcitoria.

Sono significative a questo riguardo alcune pronunce della stessa Cassazione che non ha esitato a cassare sentenze d'appello che avevano negato all'impre-

ditore il risarcimento del danno conseguente all'inflazione verificatasi durante la mora, sulla base della motivazione che il creditore-imprenditore aveva mancato di fornire la prova di un concreto pregiudizio: non aveva dimostrato che, a fronte dell'illiquidità subita per effetto dell'inadempimento del debitore, egli aveva dovuto fare ricorso al mercato finanziario.

La Cassazione ha ripetutamente affermato che «nel caso in cui il creditore sia un imprenditore commerciale, e questi deduca di avere subito un pregiudizio economico dal fenomeno inflazionistico verificatosi nel tempo della “*mora debendi*”, non è necessario che quegli fornisca la prova di un concreto danno ricollegabile come effetto e causa all'indisponibilità della somma di danaro in obbligazione, ben potendosi dedurre da quella particolare situazione, in base all’“*id quod plerumque accidit*”, che se il debitore avesse tempestivamente adempiuto, l'equivalente della somma dovuta sarebbe stata utilizzata in “impieghi” che avrebbero posto quel creditore al riparo dal fenomeno inflattivo senza dover ricorrere al mercato finanziario che di quel fenomeno risente gli effetti»¹¹⁸.

Ma nello stesso tempo non sono mancate le pronunce che, pur ritenendo legittimo il ricorso al notorio per dimostrare il pregiudizio scaturente dall'inflazione, hanno poi richiesto al creditore di assolvere all'onere di allegare fatti e circostanze dai quali dedurre se il danno allegato si è poi effettivamente prodotto.

Nel tempo, quindi, il quadro applicativo del diritto giurisprudenziale delineato negli anni Settanta e soprattutto Ottanta, pur essendo stato confermato dalla successiva giurisprudenza per le linee guida interpretative, manifestava qualche affanno nell'uniformità delle pronunce e nella coerenza generale del sistema. In particolare, l'articolazione delle diverse categorie giuridiche, così minuziosamente articolate, appariva troppo fragile sul piano dell'applicazione concreta, sia perché i rimedi applicabili per una delle categorie (come già avemmo modo di mettere in luce all'apparire della prima giurisprudenza degli anni Ottanta) sarebbe stato in molti casi arbitrario non ritenerli applicabili anche ad altre categorie di creditori, sia perché l'individuazione degli elementi presuntivamente sufficienti a provare quali avrebbero potuto essere i comportamenti del creditore portavano a risultati che apparivano scarsamente attendibili e che non potevano che lasciare insoddisfatti gli organi giudicanti.

In particolare riteniamo che, mentre è forse possibile identificare la categoria dei creditori imprenditori contrapposta a quella dei non imprenditori, in quanto il riferimento all'attività ed all'inerenza del rapporto contrattuale con l'attività imprenditoriale è tutto sommato riscontrabile in modo sufficientemente chiaro, lo stesso non vale per le altre categorie del risparmiatore, creditore occasionale e modesto consumatore.

Per queste categorie è infatti evidente la difficoltà di identificare l'attività ti-

¹¹⁸ Così Cass., 5-12-1997, n. 12343 (*Foro it. on line*); Cass., 23-4-1998, n. 4184 (*ibidem*); nello stesso senso, Cass., 5-4-1986, n. 2368 (*GC*, 1986, I, 1595); Cass., 27-11-1989, n. 5138 (*GI*, 1990, I, 1, 762); Cass., 15-10-1992, n. 11283 (*Foro it. on line*); Cass., 3-2-1993, n. 1342 (*ibidem*).

pica e distinguere tra le diverse innumerevoli figure di confine, perché ogni soggetto nelle varie fasi della sua esistenza (e soprattutto contemporaneamente) è risparmiatore, consumatore, investitore, secondo scelte che non si può certo pensare che si ripetano sempre eguali in tutta la sua esistenza. È illogico pensare infatti che il risparmiatore non destini mai nulla al consumo ed il consumatore non depositi mai alcuna somma sul conto bancario o non operi mai investimenti, senza considerare ulteriori infinite varianti, quale la circostanza se per siffatti anche modesti investimenti il risparmiatore utilizzi danaro risparmiato o preso in prestito, con evidente diversa incidenza dell'inflazione o dei maggiori oneri finanziari, che resterebbero probabilmente inespressi nel sistema delineato con scarsa attendibilità dell'intero sistema così costruito.

Le incertezze e le insoddisfazioni, insorte nell'applicazione dei principi che, come abbiamo visto, sono costruiti sulla base di quelli che la giurisprudenza ha definito «criteri personalizzati di normalità», hanno di recente comportato una profonda revisione dell'intera materia da parte della Cassazione, con la sentenza delle Sezioni Unite 16-7-2008, n. 19499¹¹⁹.

La pronuncia ha confermato, in realtà, l'impostazione interpretativa della tradizione giurisprudenziale inaugurata nel 1979 e messa a punto negli anni Ottanta, ma ha anche segnato nuovi principi che comportano, a nostro parere, regole finalmente più chiare ed univoche perché il creditore pecuniario venga ammesso dalla giurisprudenza ad ottenere il riconoscimento del danno da inflazione.

L'ordinanza di rimessione, sulla base della quale il primo presidente ha disposto ai sensi dell'art. 374, 2° comma, c.p.c. la decisione della Corte a Sezioni Unite, evidenziava un contrasto di giurisprudenza in ordine sia al contenuto degli esatti oneri probatori richiesti al creditore per la dimostrazione del diritto al risarcimento del maggior danno, sia in ordine agli automatismi risarcitori.

L'ordinanza di rimessione era stata proposta dalla sezione lavoro della Cassazione. Questa prendeva le mosse dalla già citata pronuncia delle Sezioni Unite 14-7-1979, n. 3776, che, come abbiamo visto, innovando radicalmente nella precedente giurisprudenza, aveva riconosciuto al creditore, che agisce per la liquidazione del maggior danno, di avvalersi di presunzioni basate sul notorio acquisito dalla comune esperienza in ordine alla destinazione del danaro, come pure su presunzioni fondate sulle condizioni e qualità personali del creditore e su modalità di impiego del danaro purché coerenti con tali elementi, secondo criteri di normalità.

La stessa ordinanza di rimessione prendeva atto che, sulla base di questo primo indirizzo del tutto innovativo, si erano sviluppati successivamente diversi indirizzi interpretativi, ricondotti ed individuati, per semplicità, a due.

Secondo il primo indirizzo il creditore imprenditore, che faccia valere il maggior danno da inflazione verificatasi durante la mora, non è tenuto a provare

¹¹⁹ *FI*, 2008, I, 2786.

un danno concreto che trova la sua origine nell'indisponibilità del danaro, dovendosi presumere che, se fosse stato tempestivo l'adempimento, la somma sarebbe stata utilizzata in impieghi antinflattivi dal creditore.

Secondo un secondo indirizzo – metteva in luce l'ordinanza – al creditore è sicuramente consentito di fare ricorso a presunzioni ed al notorio. Ma per dare in definitiva la prova necessaria per ottenere il risarcimento del danno da inflazione al creditore è pur sempre richiesto di fornire una idonea allegazione che consenta al giudice di merito di verificare se, tenuto conto delle qualità personali del creditore e dell'attività in concreto esercitata, il particolare danno per il quale è richiesto il risarcimento possa effettivamente essersi prodotto.

La citata pronuncia delle Sezioni Unite 16-7-2008, n. 19499 ha deciso dunque in ordine ad un contrasto di giurisprudenza, ravvisato in relazione alla sufficienza o meno della qualità di imprenditore del creditore ai fini della presumibilità di impieghi antinflattivi della somma, tempestivamente non versata dal debitore.

L'ampia ed esaustiva motivazione della sentenza fornisce una lucida ed ampiamente documentata ricostruzione delle origini ed evoluzioni del diritto giurisprudenziale, che dall'entrata in vigore del codice civile e, successivamente, dal significativo *revirement* e poi consolidamento della giurisprudenza degli anni Ottanta, ha contrassegnato il diritto del creditore pecuniario a vedere riconosciuto il maggior danno da inflazione.

La Cassazione viene così a rivedere analiticamente i diversi criteri, registrandone con approfondita analisi i punti fermi e le inadeguatezze, che l'applicazione stessa da parte della giurisprudenza ha rilevato.

L'intervento della Cassazione costituisce quindi un lucido esempio di revisione ed aggiornamento di un indirizzo di diritto giurisprudenziale del quale vengono ridiscussi i diversi aspetti, che il segno del tempo ed il progredire della tecnica interpretativa ed applicativa hanno messo in luce.

La Cassazione prende atto dell'obsolescenza di criteri non più applicabili, quale il riferimento al *prime rate* ABI, ormai non più rilevato dal 2004 (ed aggiungiamo criticato sotto tutti gli aspetti per la sua non rappresentatività ed artificiosità di determinazione unilaterale). Tale criterio, ricorda la Cassazione, sarebbe stato applicabile al creditore per il solo fatto di appartenere alla categoria degli imprenditori, consentendogli così la liquidazione a suo favore della differenza tra tasso legale e *prime rate*, deduzione quest'ultima, sembra voler dire la Cassazione, tutt'altro che sicura e che porta conseguentemente ad approssimazioni interpretative non condivisibili.

Ma la Cassazione mette in discussione nella sostanza la stessa legittimità di criteri fondati sull'identificazione di comportamenti economici che, per il solo fatto di essere espressione del modo di comportarsi delle diverse categorie dei soggetti, dovrebbero costituire di per sé il criterio di valutazione dell'esistenza del danno e di liquidazione dello stesso.

La Cassazione manifesta la consapevolezza del fatto che l'utilizzazione del danaro costituisce una delle attività nelle quali nel modo più significativo si

manifesta la massima autonomia e libertà dell'uomo. Essa giunge, pertanto, a concludere che è impossibile prevedere quale contenuto tale utilizzazione potrà assumere nei singoli creditori. L'autonomia dei singoli non può essere infatti costretta in comportamenti predeterminati, adattabili in via generale a una pluralità indistinta di soggetti. Si tratta infatti di una sfera che non sopporta stereotipi; infatti secondo la Cassazione «i bisogni che ed i desideri che il danaro vale a soddisfare sono d'altronde troppi e troppo intimamente connessi anche al modo d'essere d'ognuno nonché agli eventi di cui ciascuno è nella vita protagonista, spettatore o vittima, perché l'uno o l'altro creditore sia suscettibile di essere *tout court* qualificato come consumatore, o risparmiatore, o creditore occasionale, essendo vero invece che ognuno è e può essere l'una o l'altra cosa, o l'altra ancora, o tutte insieme in relazione a ciascuna frazione dell'importo ed a seconda delle contingenze economiche generali e personali del momento, dell'entità del credito, dei propri progetti e così via».

È con questa affermazione che la Cassazione procede (come essa stessa del resto dichiara espressamente) ad un «definitivo superamento della suddivisione dei creditori in categorie, a ciascuna delle quali si attagli la presunzione di una personalizzata modalità di impiego del danaro, restando invece l'ambito della possibile personalizzazione affidato, esso solo, alla prova».

Le difficoltà che furono avvertite dalla dottrina sin dalla fine degli anni Settanta e poi negli anni Ottanta quando fu messo a punto il diritto giurisprudenziale, che ha retto la materia per circa un quarto di secolo, ha rivelato i propri limiti e contraddizioni.

Va osservato, infatti, che il sistema risarcitorio creato dalla giurisprudenza sulla base di diverse categorie creditorie, se sulla carta può apparire come un brillante tentativo di concretizzare le misure risarcitorie sui tratti caratterizzanti le personalità economico-professionali dei creditori, dall'altro si è rilevato poco affidabile sino a divenire arbitrario.

In realtà è emerso che non è in alcun modo possibile imbrigliare le scelte di utilizzazione del danaro in previsioni effettivamente affidabili. Ciascun soggetto decide di risparmiare o di consumare o di investire o semplicemente di lasciare che il danaro si accumuli sotto forma di liquidità disponibile (attraverso ad es. deposito sul conto corrente bancario) sulla base di bisogni e di opzioni che dipendono da contingenti sensibilità personali, da esigenze le più diverse di cui spesso lo stesso creditore non sarebbe neanche in grado di darne spiegazione razionale e prevedibile.

Sotto altro profilo, da diversi passaggi della motivazione della sentenza si avverte la consapevolezza della Cassazione in ordine al fatto che il governo di queste categorie, quali strumenti diretti a fornire elementi per la quantificazione del danno risarcibile alle diverse figure di creditori, può portare a deludenti risultati sul piano dell'attendibilità o addirittura ad inammissibili trattamenti deteriori per alcune categorie creditorie, quale appunto la categoria dei creditori meno abbienti.

Questi non possono certo dimostrare di avere mezzi sufficienti e neanche una propensione «storicamente riscontrabile» né ad effettuare con successo affari lucrosi in qualsiasi mercato oppure ad effettuare investimenti finanziari, né ad effettuare depositi bancari, ottenendo dalle banche brillanti remunerazioni per i loro depositi. Conseguentemente, è evidente che subiscono la grave limitazione conseguente alla loro appartenenza ad una categoria meno qualificata. Ad essi, infatti, potrebbe essere riconosciuto solo la possibilità di far valere il danno da inflazione verificatasi nel periodo di mora, da quantificarsi secondo gli indici Istat, ma, osserva correttamente la Cassazione, particolarmente nell'attuale epoca storica, l'aumento dei prezzi al consumo è inferiore al saggio degli interessi legali, con la conseguenza che proprio a questa categoria di creditori meno abbienti verrebbe negato il risarcimento, in quanto verrebbe negata la stessa esistenza del danno da inflazione, che risulterebbe del tutto coperto dal superiore o eguale livello degli interessi legali.

La suddivisione dei creditori in categorie sociali e professionali, oltre a tutti i problemi di imprecisione ed approssimazione che comporta e sui quali ci siamo già soffermati, rischia di costituire una inammissibile «gabbia» che dà luogo per i creditori che vi risultino inseriti (sulla base di parametri precostituiti e di difficile peraltro verifica in concreto) addirittura ad una limitazione a priori dell'ammissibilità delle loro pretese risarcitorie. Il risultato è pertanto del tutto singolare. La suddivisione in categorie, da strumento nato oltre un quarto di secolo orsono per agevolare al creditore pecuniario la prova del danno da inflazione, diviene uno strumento che porta a discriminare lo stesso accesso alla risarcibilità per taluni creditori, mentre altri creditori, collocati in categorie più elevate, finiscono per usufruire di un trattamento assai più favorevole, arrivando al punto di potere realizzare una sorta di scelta della categoria in cui collocarsi per ottenere il più conveniente o più agevole riconoscimento risarcitorio.

Questa profonda ed anche assai meditata (e come risulta dall'intera sentenza così minuziosamente motivata) vera e propria svolta interpretativa in ogni caso non comporta alcun passo indietro in ordine al riconoscimento, che riteniamo ormai consolidato e non più revocabile, della risarcibilità del danno conseguente agli effetti dell'inflazione verificatasi durante il periodo di mora del debitore pecuniario.

La Cassazione, infatti, è intervenuta a correggere (ed in realtà a superare completamente) uno degli strumenti con i quali appunto da oltre un quarto di secolo è stata aperta la via al risarcimento *ex art. 1224 c.c.* del maggior danno da inflazione.

Restano confermati dalla Cassazione, infatti, tutti gli altri principi, volti a favorire le soluzioni più snelle ed efficienti per la prova del danno, che, come vedremo, potrà continuare ad essere fornita per presunzioni. Allo stesso modo viene confermato il principio, anch'esso ispirato all'esigenza di snellezza delle soluzioni e di efficienza del risultato, della quantificazione, secondo parametri fissi, della misura del danno.

Nella revisione dei principi del diritto giurisprudenziale destinato a governare l'amplessima materia del risarcimento del danno subito dal creditore pecuniario, la Cassazione ha ritenuto prioritario operare scelte che potessero effettivamente semplificare l'istruzione probatoria nel processo civile.

La Cassazione è consapevole infatti che le obbligazioni pecuniarie investono sostanzialmente l'intero contenzioso civile che, afferma la Cassazione, subisce un incessante aumento che influisce sui tempi ed i risultati della giustizia civile. Di qui l'esigenza, secondo la Cassazione, della creazione di principi di governo dell'istruzione probatoria il più possibile di semplice applicazione e di lineare interpretazione, al fine di rendere possibile una liquidazione anche generalizzata del danno da inflazione, evitando le incertezze applicative che il sistema per categorie implicava. Tali incertezze applicative, infatti, alimentano il contenzioso, il cui esito altrettanto inevitabilmente, per gli stessi motivi, presenterà soluzioni difformi e frastagliate, con conseguente ulteriore stimolo ad ulteriore contenzioso (come è noto, spesso direttamente causato dalle incertezze interpretative).

La fissazione di regole probatorie presuntive e di parametri fissi di quantificazione del danno realizza, quindi, tutte le esigenze del giusto processo (art. 111 Cost.), sia sotto il profilo della ragionevole durata, sia dell'efficacia del trattamento paritario per tutti i creditori pecuniari che chiedono tutela nel processo.

Da queste premesse discende necessariamente che non vi è più spazio per articolare i criteri di individuazione della rilevanza del danno e di quantificazione del medesimo. Conseguentemente, secondo questo ultimo orientamento della Cassazione, è risarcibile indistintamente il danno del creditore pecuniario, del tutto indipendentemente dalle sue caratteristiche sociali, professionali, economiche. Questo, aggiunge opportunamente la Cassazione, non vuol dire riconoscere al debito di valuta lo stesso trattamento del debito di valore, né tantomeno vuol dire una negazione o abbandono del principio nominalistico di cui all'art. 1277 c.c.

Il principio nominalistico non è infatti incompatibile con il riconoscimento della rilevanza delle variazioni del potere d'acquisto della moneta, afferma la Cassazione, avanzando in questo modo osservazioni che risultano di notevole importanza anche per l'inquadramento sistematico delle obbligazioni pecuniarie e del principio nominalistico.

Non vi è il rischio di una contaminazione o confusione tra debiti di valore e debiti di valuta. È necessario infatti tenere conto ed in diversa considerazione il modo in cui le modificazioni del valore della moneta svolgono i loro effetti nell'una o nell'altra categoria.

Nei debiti di valore la considerazione della modificazione del valore del danaro è uno degli elementi fondamentali che contraddistingue il procedimento di determinazione quantitativa della prestazione. Il danaro nelle obbligazioni di valore è solo uno strumento per misurare ed esprimere un valore, che, proprio per la natura dell'obbligazione di valore, deve essere necessariamente attuale, perché deve reintegrare, proprio per quel valore attuale, il patrimonio del creditore.

Nei debiti di valuta, al contrario, la variazione del valore della moneta nel lasso di tempo costituita dalla mora non modifica affatto la prestazione dovuta, che rimane sempre la stessa somma nominale, ma serve solo a quantificare, *sub specie damni*, il pregiudizio subito dal creditore, per effetto della diminuzione del valore della moneta durante appunto la *mora debendi*. Si tratta quindi, come è stato più volte rilevato, di quel pregiudizio conseguente alla variazione di valore della moneta, cui il creditore si sarebbe sottratto (o perché avrebbe speso la somma o perché l'avrebbe investita) se avesse avuto la somma dovuta alla scadenza.

Va peraltro osservato che, nell'individuazione della soluzione tecnicamente più efficiente per coniugare insieme la rinnovata e confermata rilevanza del danno da inflazione e l'esigenza di dare vita ad un sistema di liquidazione giudiziale il più possibile uniforme ed automatico, la disciplina codicistica degli interessi legali, rinnovata per l'effetto delle modificazioni legislative intervenute negli anni Novanta, ha fornito, del resto (come avevo in passato auspicato), un fondamentale e significativo ausilio.

L'attuale regime di determinazione degli interessi legali prevede infatti, secondo quanto stabilito dal novellato art. 1284 c.c., che il tasso del 5% annuo venga modificato dal Ministero del tesoro sulla base del rendimento medio annuo lordo dei titoli di stato di durata non superiore ai dodici mesi e tenuto conto del tasso di inflazione registrato nell'anno.

Con questa importante modifica, il regime degli interessi ha cessato di essere determinato con riferimento ad una percentuale fissa (5%), ed è divenuto variabile sulla base di un sistema di aggiornamento periodico annuale, che tiene conto della remuneratività dei titoli di Stato e della stessa inflazione.

Secondo il nuovo sistema in vigore dal 1997 (introdotto dall'art. 2, l. 23-12-1996, n. 662), il decorso degli interessi legali realizza una funzione ben più ampia e significativa rispetto a quella di compensare forfettariamente ed in modo del tutto generico lo svantaggio subito dal creditore per mancata disponibilità della liquidità monetaria.

Il parametro del 5% annuo, che per decenni ha caratterizzato il regime degli interessi, non era rappresentativo né del costo del danaro, né del tasso di inflazione, ma era piuttosto il risultato (del resto comune a tutti i codici coevi) di una tradizione del diritto delle obbligazioni che, se certamente si distingueva per la matura e raffinata sensibilità nell'elaborare e stabilire regole di decorrenza degli interessi moratori e legali dirette ad indurre il debitore ad attuare il corretto adempimento delle obbligazioni pecuniarie, concepiva gli interessi fissati al 5% quale sanzione piuttosto che come costo da quantificare e attribuire secondo la sua incidenza al debitore.

La sanzione non può che essere determinata in misura fissa. Infatti, se con essa si vuole punire (è il caso degli interessi moratori), o comunque svantaggiare (è il caso degli interessi legali), un comportamento del debitore pecuniario, per definizione la sanzione deve essere sempre la stessa, considerato che l'esi-

genza che essa venga sempre applicata in modo uguale ed uniforme senza distinzioni soggettive o temporali è il primo dei presupposti di giustizia, che giustificano l'adozione di una sanzione da parte dell'ordinamento.

Con il passaggio all'attuale sistema, in cui la formula fissa dell'interesse annuo del 5% cede il passo alla determinazione annuale con riferimento ad un significativo rendimento finanziario ed alla stessa inflazione, è venuta a prevalere la funzione retributiva su quella sanzionatoria. Quest'ultima si riferisce ad un costo che viene formato secondo i nuovi criteri del novellato art. 1284, per ricompensare piuttosto che per reprimere.

La natura retributiva dell'interesse legale segue ed esprime il mercato. Non dovrebbero verificarsi, pertanto, situazioni quali quelle che si verificarono ad esempio negli anni Ottanta, quando il tasso di inflazione raggiunse per lungo tempo più del 16%, mentre il tasso legale continuava ad essere fermo alla percentuale fissa del 5%.

In quella contingenza economica venne ad emergere una vera e propria impotenza del diritto delle obbligazioni a governare l'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria, in quanto il vantaggio ricavato dal debitore pecuniario nel pagare con moneta così fortemente svalutata superava di gran lunga l'onere del 5% di interesse legale che veniva sentito come un costo economico bagatellare.

Nel disegnare il nuovo diritto giurisprudenziale, la Cassazione ha dovuto necessariamente tenere conto di tale importante innovazione nella funzione e nella portata della nuova disciplina degli interessi legali.

Il tasso degli interessi è risultato infatti in questi anni costantemente superiore al tasso di inflazione, con qualche differenza definita insignificante dalla Cassazione nell'anno 2000 o nel 2008.

La conclusione della Cassazione è dunque nel senso che, per effetto del nuovo regime del tasso degli interessi legali, è venuto meno anche il problema dell'individuazione e liquidazione del risarcimento del maggior danno da inflazione. Esso potrebbe ripresentarsi in casi tendenzialmente marginali connessi, ad esempio, all'eventuale ritardo che potrebbe verificarsi tra la lievitazione dei prezzi concretamente (già) verificatasi e il successivo adeguamento dell'indice, che ha effetti solo dall'anno successivo.

La rinnovata posizione della Cassazione è di grande rilevanza in quanto l'intero diritto giurisprudenziale della fine degli anni Settanta e poi Ottanta è sorto e si è sviluppato sulla base della impellente esigenza di apprestare, in via giurisprudenziale, misure in grado di consentire la quantificazione e la risarcibilità del danno da inflazione, facendo ricorso, come abbiamo visto, ad una costruzione di categorie creditorie e presunzioni di comportamenti seguiti all'interno della categoria.

A questo punto si potrebbe ritenere che l'introduzione di una nuova disciplina degli interessi legali all'art. 1284 c.c. abbia anche comportato il superamento dell'esigenza di trovare una soluzione giurisprudenziale al risarcimento del maggior danno subito dal creditore per la perdita del valore della moneta. Se in-

fatti il tasso degli interessi legali, per effetto dei criteri adottati per la sua determinazione e per effetto dell'aggiornamento operato annualmente, esprime (almeno tendenzialmente e di massima) un valore percentuale superiore o pari al tasso di inflazione verificatosi nell'anno, il creditore pecuniario che intendesse far valere la perdita patrimoniale, conseguente alla diminuzione del valore della moneta verificatosi durante la mora del debitore, incontrerebbe l'eccezione del debitore che tale perdita di valore della moneta, quantificata nella percentuale del tasso di inflazione del periodo, non integra la fattispecie del maggior danno, in quanto il tasso degli interessi legali (sempre del periodo) risulterebbe superiore o pari alla percentuale inflattiva lamentata e rivendicata dal creditore.

Ma la Cassazione procede ora ad una valutazione assai più ampia, che supera la tematica della risarcibilità e liquidazione del danno da inflazione. Questo riferimento al danno da inflazione appare divenuto angusto non solo per il sovrapporsi di una disciplina più razionale e moderna degli interessi legali, ma ancor più in relazione alla suddivisione in categorie creditorie sempre più logorate da contraddizioni ed approssimazioni assolutamente non più proponibili.

La valutazione della Cassazione viene quindi ad investire l'intero sistema delle regole che governa l'adempimento delle obbligazioni, nello specifico intento di affermare un'interpretazione volta a consentire un'adeguata efficienza nello svolgimento dei rapporti obbligatori pecuniari.

L'individuazione dei principi, attraverso i quali il creditore pecuniario può vedere riconosciuto un diritto al risarcimento del maggior danno, non può essere limitata soltanto a dare rilevanza alla perdita subita dal creditore per effetto del diminuito valore d'acquisto del danaro. In considerazione del fatto che tale componente del danno da inflazione è oggi risolta ed assorbita nell'aggiornamento degli interessi legali con riferimento al tasso inflattivo del periodo, la Cassazione ha rivolto l'attenzione alle cause e alle situazioni che possono indurre il debitore a ritenere più conveniente l'inadempimento piuttosto che l'adempimento.

Si tratta di un'interpretazione certamente più avanzata rispetto a quella che ha contrassegnato il diritto giurisprudenziale sin qui affermato, in quanto non si limita a prendere in considerazione la diminuzione patrimoniale subita per la modificazione del valore del bene (vale a dire il danaro oggetto dell'obbligazione), ma si spinge a valutare come, da un lato, la mancata disponibilità del danaro per il creditore e dall'altro la disponibilità della somma illegittimamente trattenuta dal debitore inadempiente possano distribuire svantaggi e vantaggi sulle parti del rapporto obbligatorio.

La novità dell'interpretazione non risiede certo nel fatto che vengono presi in considerazione quali elementi del danno da inadempimento i vantaggi che il creditore pecuniario non ha potuto realizzare per effetto della mancanza del danaro dovuto, in quanto la rilevanza di tali profili è, come è noto, collegata a categorie normative quali il lucro cessante o mancato guadagno conseguente all'inadempimento. La novità risiede, piuttosto, nel fatto che la Cassazione ha

scelto di proporre la costruzione di principi volti a regolare in modo il più possibile uniforme ed automatico il risarcimento del danno per inadempimento dell'obbligazione pecuniaria. Questi risiedono sia nella costruzione della prova presuntiva della dannosità dell'evento in via generale per tutti i soggetti che si trovino nella posizione di creditori, sia nella quantificazione del danno stesso con riferimento a criteri certi, di facile e generale individuazione e ragionevolmente applicabili a qualsiasi soggetto.

L'esigenza è quella di far sì – afferma in modo più che convincente e condivisibile la Cassazione – che non si creino le condizioni perché per il debitore risulti conveniente non adempiere tempestivamente, così lucrando la differenza tra quello che è agevolmente in grado di ricavare dal denaro non versato al creditore quando adempirà la propria obbligazione.

A tal fine, afferma la Cassazione, l'interpretazione della rinnovata disciplina degli interessi legali deve essere volta ad evitare che si possa venire a creare un incentivo economico all'inadempimento. Ma l'effetto di disincentivare comportamenti volti a non rispettare il dovere di adempiere puntualmente alle obbligazioni può essere raggiunto, rileva la Cassazione, solo ed in quanto venga introdotto un sistema di liquidazione del maggior danno, che comporti un onere ulteriore che si aggiunga agli interessi moratori assolutamente certo ed automatico, in modo tale da rendere consapevoli i debitori stessi della non convenienza di incorrere nell'inadempimento ed indurre, per questa via, un più corretto ed ordinato comportamento nei rapporti obbligatori.

Si tratta di una esigenza, continua la Cassazione, che investe le stesse ragioni dello sviluppo economico, che, proprio a causa di comportamenti opportunistici (come oggi si suol dire) di coloro che si trovano nella posizione di debitore, comportano una grave incertezza nello svolgimento dei rapporti contrattuali, che inevitabilmente dà luogo ad un abbassamento alla propensione agli investimenti.

La soddisfazione di una tale esigenza reca con sé l'instaurazione di regole necessariamente certe e di facile ed immediata applicazione da parte dei giudici. Deve essere evitato, infatti, che intorno al tema del maggior danno possa continuare a svilupparsi quel contenzioso che il passato diritto giurisprudenziale (nonostante le intenzioni di voler semplificare e razionalizzare anche il contenzioso) non è certo riuscito ad arginare.

Dalla mancanza di certezza sulle conseguenze dell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie derivano infatti conseguenze gravi per la stessa funzionalità della giustizia civile. L'eccessiva durata dei processi è alimentata, infatti, anche dall'eccessiva differenziazione di soluzioni a seconda della categorie creditrici.

Esse, come abbiamo visto, sono risultate tutt'altro che certe e convincenti, con la conseguente moltiplicazione delle occasioni di contenzioso in un settore che, per la sua immanenza ad ogni rapporto economico, abbraccia l'intero diritto privato.

Dal complessivo tenore della sentenza si ha quindi la sensazione che la Cassazione intenda dettare una nuova e generale regola di governo della liquidazione del danno da inadempimento, in considerazione dell'insufficienza quale misura sanzionatoria e risarcitoria della sola liquidazione degli interessi moratori, in quanto il loro ammontare, anche se finalmente è in grado di coprire il danno da inflazione, non copre quei vantaggi economici che nell'odierno mercato chiunque è in grado di trarre dalla disponibilità del danaro.

Si tratta di un'interpretazione, motiva la Cassazione, che tiene conto dell'esigenza di riconoscere al creditore pecuniario un maggior danno – *ex art. 1224, 2° comma, c.c.* – corrispondente alla differenza tra il tasso di rendimento dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi (o tra il tasso di inflazione se superiore) e quello degli interessi legali.

La Cassazione argomenta, infatti, che il rendimento netto dei titoli di stato è un obiettivo reddituale che è alla portata di qualsiasi creditore, in quanto si tratta di un'operazione di allocazione del risparmio assai comune ed alla portata di tutti.

Il riferimento al tasso di rendimento netto dei titoli di Stato, pertanto, diventa nell'interpretazione della Cassazione il criterio che esprime la misura della normale redditività del danaro.

Ne consegue che, una volta individuato un siffatto criterio, che presenta il vantaggio dell'immediatezza e semplicità di applicazione, come pure il vantaggio di una verifica univoca in caso di conflitto tra debitore e creditore, il carattere unitario ed univoco del criterio comportano il venir meno di qualsiasi residua giustificazione (precedentemente professata dalla giurisprudenza), basata sulla suddivisione in classi del criterio di riconoscimento del maggior danno da inflazione.

La Cassazione ha quindi scelto un criterio risarcitorio non personalizzato, bensì ancorato ad un tasso di rendimento (appunto quello dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi), il quale diventa un tasso presuntivamente ed automaticamente riconosciuto quale misura uniforme di risarcimento del danno da inflazione.

Resta la possibilità dell'eventuale ulteriore maggior danno, dandone però in questo caso la prova specifica secondo quanto previsti dal principio del 2° comma dell'art. 1224 c.c.

Con l'affermazione di questa nuova regola giurisprudenziale di liquidazione del danno da inflazione, in misura pari alla differenza tra il tasso di rendimento netto (dedotta l'imposta) dei titoli di Stato e quello degli interessi legali, al creditore pecuniario viene riconosciuto, per il risarcimento del danno da ritardo dell'adempimento della obbligazione pecuniaria, una misura del risarcimento quantificato – in modo generalizzato e senza la necessità di allegazione di alcun tipo di prova – in misura superiore al tasso degli interessi. Questo sulla base del presupposto che *a)* la liquidazione degli interessi moratori non è di per sé sufficiente a coprire il danno da ritardo subito dal creditore, e *b)* che qualunque cre-

ditore, indipendentemente dalla professione, ceto, propensione economica e ammontare del credito, ha diritto alla liquidazione di un risarcimento superiore all'interesse legale.

L'unico onere che ricade sul creditore consiste nella formulazione in giudizio, oltre che della domanda degli interessi ai sensi del 1° comma dell'art. 1224 c.c., anche della domanda diretta ad ottenere tale risarcimento ai sensi dell'art. 1224, 2° comma, con la formula ad esempio «condannare il debitore oltre che agli interessi moratori, anche al maggior danno *ex* art. 1224, 2° comma, nella misura della differenza tra il tasso di rendimento netto dei titoli di Stato di durata annuale e quello degli interessi legali».

Il risultato dell'introduzione di una tale regola è complessivamente un innalzamento generalizzato della misura del risarcimento del danno da ritardo esigibile dal creditore pecuniario, non più limitato agli interessi moratori, i quali tendenzialmente dovrebbero coprire il danno da inflazione, ma piuttosto estesa anche alla misura di redditività più consueta e generalmente accessibile da ogni creditore pecuniario, che viene determinata appunto con riferimento all'investimento in titoli di Stato.

Questa nuova regola di diritto giurisprudenziale segue una significativa tappa dell'evoluzione interpretativa dell'art. 1224, 2° comma.

Da riconoscimento sostanzialmente eccezionale di un ulteriore risarcimento rispetto agli interessi moratori, si è passati ad un riconoscimento scevro da pastoie probatorie e quindi indistintamente per tutti i creditori di danaro, i quali hanno così raggiunto una legittimazione generalizzata a vedere riconosciuta una misura del risarcimento ulteriore rispetto alla liquidazione degli interessi moratori.

Il significato del complesso itinerario giurisprudenziale e del suo attuale punto d'arrivo risiede dunque nella definitiva presa d'atto dell'inadeguatezza di un sistema risarcitorio imperniato solamente o principalmente sul riconoscimento dei soli interessi moratori.

Riteniamo che questo sia un risultato interpretativo che corrisponde alla mutata considerazione del danaro. Nella tradizione ottocentesca e della prima metà del Novecento ancora caratterizzata da una prevalenza pressoché assorbente dell'economia agricola e manifatturiera, quale bene che assumeva il danaro quale strumento di scambio fra altri beni dell'economia reale, il creditore che subiva il pregiudizio del ritardo nell'adempimento per vedere riconosciuto il maggior danno ulteriore rispetto agli interessi di mora doveva dimostrare che la tempestiva utilizzazione del danaro nell'acquisto di altri beni avrebbe potuto comportare vantaggi patrimoniali consistenti, nella sostanza, nell'acquisizione di altri beni di valore superiore al danaro svalutato, operazione questa frustrata dall'inadempimento del debitore.

Nell'attuale società caratterizzata da un'accresciuta prevalenza dell'economia finanziaria, ove le occasioni di investimento si sono moltiplicate in una serie pressoché infinita di allocazione finanziaria della liquidità, appare compren-

sibile e senz'altro giustificato che al creditore, che subisce il pregiudizio di ricevere in ritardo la somma di danaro dovuta, sia riconosciuto il diritto di quantificare il danno nella misura dell'investimento finanziario più corrente e più diffuso, quale appunto l'investimento della liquidità in titoli di Stato annuali.

La Cassazione, nel riformulare il diritto giurisprudenziale, ha senz'altro avuto la sensibilità di avvertire che proprio queste nuove caratteristiche finanziarie dell'economia contemporanea imponevano un riconoscimento della misura e delle modalità del risarcimento del maggior danno in sintonia con la nuova realtà economica, che attribuisce alla liquidità monetaria la funzione di strumento diffuso e generalizzato di investimento finanziario.

Resta comunque, anche in questo rinnovato sistema, la possibilità per il creditore pecuniario di ottenere il risarcimento del maggior danno in misura ulteriore rispetto al nuovo limite della redditività netta dei titoli di Stato.

In questo caso, si tratterà di un danno specifico e non presuntivo e, pertanto, spetta al creditore fornire la prova specifica del danno subito, secondo le generali regole dell'allegazione probatoria di diritto comune, regole che comunque informano la previsione del risarcimento del maggior danno dell'art. 1224, 2° comma.

13. Saggio legale e convenzionale degli interessi. In generale.

La determinazione degli interessi trova, negli ordinamenti moderni, una disciplina caratterizzata, da un lato, dalla statuizione di un tasso di interesse legale e, dall'altro, dalla piena legittimità della determinazione convenzionale del tasso degli interessi, secondo un regime che, generalmente, prevede dei precisi e rigidi limiti all'autonomia privata. La fissazione di un tasso legale è il risultato del riconoscimento (avvenuto, come abbiamo visto, a tappe successive nell'Ottocento) del principio della decorrenza di pieno diritto degli interessi. Ai divieti generali di origine canonistica venne a succedere, infatti, quello più ristretto, consistente nella limitazione della misura degli interessi entro una data percentuale del capitale (4-5-6%). Il venir meno successivamente anche di questa limitazione fece sì che il riferimento ad un tasso legale di interessi divenisse il contenuto di una disciplina dispositiva che, in mancanza di una diversa volontà delle parti, fissava entro un determinato livello la cosiddetta «produttività del danaro»¹²⁰. Ai privati fu consentito di stabilire essi stessi la misura del saggio di interessi, limitandosi i vari legislatori a porre limitazioni e controlli, peraltro di natura diversa rispetto al passato¹²¹.

¹²⁰ Su questa vicenda cfr. ROLL, *op. cit.*, 341.

¹²¹ Le riforme legislative del periodo rivoluzionario legittimarono dapprima in Francia il prestito ad interessi fissandone contemporaneamente il tasso legale, limite anche questo che verrà

Il codice unitario italiano, seguendo l'indirizzo di quello napoleonico, mentre da un lato stabiliva che il riferimento all'interesse legale si sarebbe dovuto operare solo nei casi in cui «manchi una convenzione che ne stabilisca la misura» (art. 1831, 2° comma), dall'altro consentiva la produzione di un interesse superiore a quello legale solo nel caso in cui il patto risultasse da un atto scritto, pena la totale esclusione della decorrenza degli interessi anche nella limitata misura del tasso legale («altrimenti non è dovuto alcun interesse», affermava chiaramente l'art. 1831, 4° comma)¹²². L'onere della forma scritta era limitato alla materia civile (art. 1831, 4° comma: «nelle materie civili l'interesse convenzionale eccedente la misura legale deve risultare da atto scritto»), mentre, almeno a parere della migliore dottrina, tale limitazione non era applicabile ai rapporti commerciali, per i quali la stipulazione di un saggio di interessi superiore a quello legale poteva essere provata attraverso i criteri indicati in via generale dall'art. 44 c. comm.¹²³.

La differenziazione nella disciplina della fattispecie, nell'ambito delle due materie civile e commerciale, verrà del tutto superata con l'unificazione delle obbligazioni del 1942. È questa una delle, peraltro rare, eccezioni alla generale linea di tendenza attuata con l'unificazione del 1942 che, come è noto, è stata realizzata anche attraverso una generalizzazione dei principi più peculiari delle obbligazioni commerciali all'intera rinnovata disciplina delle obbligazioni come risulta dal Libro IV del vigente codice civile¹²⁴. Il principio dell'obbligo della forma scritta *ad substantiam* nelle convenzioni che stabiliscono una misura dell'interesse superiore a quella legale è, infatti, stato pienamente accolto dall'art. 1284 quale precetto di portata generale per tutte le possibili obbligazioni pecuniarie, senza che sia più possibile (data l'avvenuta unificazione) operare una differenziazione tra quelle commerciali e quelle civili. L'unica, peraltro significativa, modificazione rispetto alla disciplina del codice precedente consiste nel fatto che la violazione dell'obbligo della forma scritta, invece di condurre al completo esonero del debitore dal pagamento degli interessi (art. 1831, 4° comma, c.c. 1865), comporta, al contrario, il pagamento degli interessi nella misura legale (art. 1284, 3° comma). Le ragioni del mantenimento del requisito della

definitivamente a cadere nel 1793: cfr. G.B. FERRI *Interessi usurari e criterio di normalità*, cit., 277.

¹²² Analogamente stabiliva il codice napoleonico all'art. 1907, ultimo comma: «les taux de intérêt conventionnel doit être fixé par écrit».

¹²³ Cfr. BOLAFFIO, *Dei mediatori, delle obbligazioni commerciali in generale*⁴, sub art. 41, cit., n. 221, 260; PERETTI GRIVA, *Mutuo*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, III, diretto da Scialoja, Milano, 1930-1936, n. 12, 12; ma va rilevato che, talora, la giurisprudenza manifestò altra opinione ritenendo, al contrario, pienamente applicabile il principio della forma scritta *ad substantiam*, di cui all'art. 1831 c.c., anche alla materia commerciale: cfr. Cass. Napoli, 12-11-1914 (*MT*, 1915, 246); Cass. Napoli, 18-7-1913 (*ivi*, 1914, 14).

¹²⁴ Cfr. sul punto GALGANO, *Diritto commerciale*⁴, I, cit., 2 ss.; ID., *Storia del diritto commerciale*, cit., 95 ss.; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1976, 48 ss.

forma scritta per siffatto patto (richiesta *ad substantiam*) possono ancora trovare giustificazione nelle parole usate dalla Relazione ministeriale relativa al codice del 1865 che, non senza un'ingenua retorica, affermava: «l'obbligo imposto al mutuante, che stipula gl'interessi, di consegnarne la pattuizione in atto scritto, equivale a un appello alla pubblica opinione ed esercita la più efficace influenza sul pudore del mutuante, il quale non oserebbe sfidare con cinico coraggio la pubblica riprovazione che colpisce l'usuriere»¹²⁵. A questa motivazione, benché si nutrono fondati dubbi sull'effettiva efficacia «dissuasiva» della forma scritta in relazione alle pratiche usuraie, ancora buona parte della dottrina fa riferimento¹²⁶.

14. (Segue). *Il pagamento degli interessi ultralegali.*

Il codice abrogato stabiliva all'art. 1830 che «il mutuatario che ha pagato interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta, non può ripeterli né imputarli al capitale». Tale principio, che d'altronde trovava perfetta corrispondenza nel codice napoleonico (art. 1906: «l'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital»), spinse sia la dottrina che la giurisprudenza a sostenere che anche l'ipotesi dell'avvenuto pagamento di interessi pattuiti senza l'osservanza della forma scritta dovesse dar luogo alla *soluti retentio*. Il riferimento era, dunque, alla fattispecie dell'obbligazione naturale¹²⁷, in quanto si riteneva che il pagamento di interessi, non dovuti appunto per mancanza di forma scritta, dovesse essere inteso come adempimento di un dovere morale consistente nel tener fede alla parola data. Questa interpretazione nella vigenza del codice abrogato mostrava dei pregi per lo meno equitativi, in quanto, come abbiamo accennato, la mancata osservanza della forma scritta comportava addirittura l'esonero assoluto dal pagamento degli interessi, sia pure quelli limitati del tasso legale.

Al di là del richiamo, talora piuttosto astratto, alla fattispecie dell'obbligazione naturale, si avvertiva, infatti, l'esigenza sia di voler mitigare le conseguenze eccessivamente gravi della lettera dell'art. 1831, 4° comma, sia di dover tener conto della ormai innegabile e crescente importanza finanziaria del capitale monetario, almeno nel dar luogo alla produzione di interessi. La parte più critica della dottrina, infatti, se pur negava l'esistenza di un dovere morale o socia-

¹²⁵ Così la Relazione del ministro guardasigilli, in GIANZANA ET AL., *Codice civile*, I, Torino, 1887-1888, 329.

¹²⁶ Cfr. FRAGALI, *Mutuo*, in *Comm. Scialoja e Branca*², sub artt. 1813-1822, Bologna-Roma, 1979, 347.

¹²⁷ Cfr. MESSA, *L'obbligazione*, 1911, cit., 358 ss.; DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, II, Milano-Messina, 1950, 24; v. Cass., 5-2-1934 (*GI*, 1934, I, 597); Cass., 13-5-1935 (*RDCo*, 1936, II, 10); Cass., 10-6-1938 (*RFI*, 1938, *Obbligazioni e contratti*, n. 382).

le al pagamento degli interessi non dovuti, ammetteva chiaramente l'esistenza di un dovere di correttezza commerciale¹²⁸. Appariva comunque chiaro alla migliore dottrina che qualora il mutuatario, avvalendosi della nullità della pattuizione per mancanza di forma, non avesse affatto pagato gli interessi, sarebbe venuto a realizzare un lucro a danno del mutuante totalmente ingiustificato dalle consuete condizioni di mercato che, al contrario, esaltano la natura «fruttifera del danaro»¹²⁹. Pur in mancanza di un principio di questo genere nel codice vigente, particolarmente sulla traccia di un passo, peraltro tutt'altro che perspicuo, della Relazione del ministro guardasigilli¹³⁰, si è continuato a sostenere l'irripetibilità degli interessi non convenuti per iscritto.

Tale tesi, sostenuta particolarmente dalla giurisprudenza¹³¹, ha trovato diversificate reazioni nella dottrina. Una parte di questa sostiene, infatti, che nel vigente ordinamento esiste tuttora un'obbligazione naturale di soddisfare interessi convenzionali ultralegali non risultanti da atto scritto¹³², mentre un'altra è schierata in senso nettamente negativo¹³³. In realtà, le riserve formulate da un'illustre dottrina¹³⁴ sulla possibilità che all'adempimento di un'obbligazione nulla per difetto di forma si possano, senza sostanziale contraddizione, riconoscere gli effetti dell'adempimento di un'obbligazione naturale, appaiono a nostro avviso fondate. In mancanza di un'espressa norma che imponga la *soluti retentio*, come avveniva precedentemente con l'art. 1830 del codice abrogato, e particolarmente in presenza del principio che prevede, nell'ipotesi di mancata osservanza dell'obbligo di forma scritta, la decorrenza degli interessi legali, ci sembra che la *soluti retentio* possa essere ammessa solo in specifici casi nei quali sia dato di dedurre univocamente i requisiti tipici dell'obbligazione naturale, cioè la spon-

¹²⁸ Cfr. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 364.

¹²⁹ Cfr. GANGI, *Casi ed effetti delle obbligazioni naturali*, in ID., *Scritti giuridici vari*, I, Padova, 1933, 444.

¹³⁰ Le affermazioni del Guardasigilli appaiono molto affrettate e, in ogni caso, sembrano rispecchiare un'opinione molto personale (Relazione al Re, n. 594): «non si è ripetuta la norma dell'art. 1830 c.c. del 1865 circa l'irripetibilità degli interessi non dovuti, perché è sembrata inutile. Infatti, se la loro misura è contenuta nei limiti leciti, la relativa corresponsione costituisce adempimento di una obbligazione naturale per cui non è ammessa ripetizione (art. 2034); se invece gli interessi assumono proporzioni usuraie, la prestazione dell'eccedenza sulla misura legale, costituendo un illecito, dà luogo, come tale, a ripetibilità».

¹³¹ Cfr. Cass., 26-10-1968, n. 3604 (*RFI*, 1969, *Interessi*, n. 13); Cass., 18-8-1966, n. 2255 (*ivi*, 1967, *voce cit.*, n. 11); A. Firenze, 9-9-1965 (*ivi*, 1966, *voce cit.*, n. 15); Cass., 3-3-1965, n. 354 (*ivi*, 1965, *voce cit.*, n. 11); A. Roma, 6-5-1963 (*ivi*, 1964, *voce cit.*, n. 5).

¹³² Cfr. DE MARTINI, *Pagamento di interessi ultralegali non dovuti ed obbligazione naturale* (GCCC, 1945, I, 91); FRAGALI, *op. cit.*, 352; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, Milano, 1957-1965, 376.

¹³³ Cfr. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, Torino, 1950, 126.

¹³⁴ Cfr. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, Milano, 1972, 92; ID., «Mutuo (diritto privato)», in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 465; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946, 638, nota 5.

taneità della prestazione e l'adempimento di doveri aventi un determinato valore morale o sociale¹³⁵.

Si tratterà, quindi, di operare una valutazione caso per caso, restando comunque escluso che il semplice fatto dell'avvenuto pagamento di interessi, non dovuti per vizio di forma della convenzione ad essi relativa, possa di per sé condurre alla *soluti retentio*. La valutazione dovrà, peraltro, investire non solo gli aspetti soggettivi dell'adempimento (spontaneità della prestazione, ecc.), ma anche e soprattutto quelli oggettivi, quale ad esempio l'entità degli interessi pagati. Si potrà, infatti, con più facilità escludere la *soluti retentio* quando la misura degli interessi pagati sia palesemente eccessiva, rispetto a quelli praticati nel mercato per operazioni economiche analoghe, mentre, qualora il livello di questi sia superiore a quelli legali ma della stessa misura di quelli correnti, allora sarà più facile giustificare la *soluti retentio*¹³⁶. I presupposti dell'obbligazione naturale potranno essere, in questo caso, ricercati, più che su motivazioni del tutto morali, sulla giustificabilità ed omogeneità della prestazione adempiuta con i comportamenti tipici di quel determinato settore di mercato, basando quindi la negazione della ripetibilità sulla congruità della prestazione effettuata con le ragioni del mercato e, quindi, in altre parole, sul fatto che un'eventuale ripetizione avrebbe un effetto di turbamento degli equilibri economici correnti nel mercato¹³⁷.

15. (Segue). *Interessi usurari*.

Una disciplina specifica di repressione del fenomeno usuraio è relativamente recente nel nostro ordinamento. Da un punto di vista penalistico è, infatti, solo con il codice penale del 1930 che venne previsto il delitto di usura (art. 644)¹³⁸

¹³⁵ Cfr. LIBERTINI, *op. cit.*, 129.

¹³⁶ Cenni di questo indirizzo sono in GANGI, *Le obbligazioni. Concetto, obbligazioni naturali, solidali, divisibili e indivisibili*, Milano, 1951, 101; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja e Branca*, sub artt. 1277-1284, cit., 591.

¹³⁷ Analogamente, nel caso in cui le parti abbiano espressamente escluso la decorrenza degli interessi (ipotesi, peraltro, piuttosto difficile a verificarsi), il mutuatario che abbia spontaneamente pagato gli interessi compie in linea di massima, in quanto non esista alcun obbligo di coscienza di pagarli, un atto di liberalità. Ma allorquando, al contrario, il pagamento degli interessi non dovuti è stato motivato da scrupoli morali – come nei casi in cui, ad esempio, l'esclusione convenzionale degli interessi trovava la sua causa nel fatto che le parti erano unite da rapporti di parentela, amicizia, ecc. – il pagamento degli interessi può esprimere l'adempimento di un dovere morale diretto a remunerare, in termini omogenei ai correnti valori di mercato, l'utilità goduta dal mutuatario.

¹³⁸ Il codice penale sardo del 1839 conteneva una disposizione a proposito dell'usura (art. 617), mentre nulla a tale riguardo era contenuto nel codice penale del 1889, fin troppo rispettoso degli allora trionfanti principi del liberalismo economico.

e, analogamente, solo con il codice civile del 1942 vennero ad essere disciplinate delle conseguenze di ordine privatistico in relazione a patti di natura usuraia (artt. 1448 e 1815, 2° comma). L'aspetto di maggior rilievo è stato quello relativo alla possibilità di considerare unitariamente, nell'ambito di queste tre diverse norme di legge, la repressione delle pratiche usuraie. L'elemento più controverso è nell'individuazione dei presupposti che consentano di identificare quando l'interesse pattuito debba considerarsi usuraio. L'art. 1815, 2° comma, stabilisce, infatti, che, allorquando siano stati «convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi».

Tale norma, come del resto quella di cui all'art. 1284, 3° comma, che prevede la sostituzione del contenuto della clausola inefficace per difetto di forma, attraverso il riferimento imperativo al saggio di interessi legali, va compresa ed applicata nell'ambito della dinamica della nullità parziale e della sostituzione autonoma di clausole (art. 1419, 2° comma)¹³⁹.

Il punto controverso è quello relativo all'identificazione degli elementi fisio-economici dell'interesse usuraio. Una compiuta definizione dell'usura non è dato, infatti, rinvenire nel nostro ordinamento¹⁴⁰. La disposizione penalistica dell'art.

¹³⁹ Cfr. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione. Linee di una vicenda*, Napoli, 1979, 156 ss.

¹⁴⁰ Analogamente, del resto, in altri ordinamenti ove il legislatore fornisce ancor meno elementi per l'identificazione del concetto. Esempio, a questo proposito, è l'ordinamento tedesco, in cui la previsione penalistica dell'usura era articolata in distinte figure: *Kredit-, Sach-, Miet-, Nachwucher*, dai § 302 a § 302-f, poi nuovamente redatta con il Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität del 29-7-1976 (Bundesgesetzblatt, I, 2034), nell'unico § 302 a Wucher che contiene differenziate ipotesi di usura («Wer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten 1. für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen, 2. für die Gewährung eines Kredites, 3. für eine sonstige Leistung oder 4. für die Vermittlung einer der vorbezeichneten Leistungen Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung oder deren Vermittlung stehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Wirken mehrere Personen als Leistende, Vermittler oder in anderer Weise mit und ergibt sich dadurch ein auffälliges Missverhältnis zwischen sämtlichen Vermögensvorteilen und sämtlichen Gegenleistungen, so gilt Satz 1 für jeden, der die Zwangslage oder sonstige Schwäche des anderen für sich oder einen Dritten zur Erzielung eines übermäßigen Vermögensvorteils ausnutzt. – In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter 1. durch die Tat den anderen in wirtschaftliche Not bringt, 2. die Tat gewerbsmäßig begeht, 3. sich durch Wechsel wucherische Vermögensvorteile versprechen lässt»); sul punto cfr. STREE, in *Strafgesetzbuch*, diretto da Schönke-Schröder, München, 1969, sub § 302, 1838 ss.; mentre nel BGB. la dottrina e la giurisprudenza hanno fatto riferimento, come meglio vedremo in seguito, alla previsione, peraltro molto generale, della nullità per *Sittenwidrigkeit*, in cui la previsione dell'usura rappresenta una specificazione della nullità per contrarietà al buon costume: cfr. nel BGB. il § 138 («ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögen-

644 c.p., nel costruire l'elemento materiale del reato, fa riferimento ad un evento, la dazione o la promessa di un bene o di un vantaggio usurario, attraverso uno specifico mezzo di esecuzione, l'approfittamento cioè dello stato di bisogno di una persona. La giurisprudenza¹⁴¹ ed una parte della dottrina¹⁴², muovendo dai dati caratterizzanti questa ipotesi delittuosa, hanno creduto di poter estendere questi al generale concetto di usura, ritenendo, quindi, che gli interessi usurari di cui all'art. 1815, 2° comma, andassero identificati sulla base del riferimento alla disciplina penalistica e che, dunque, potessero essere ritenute nulle solo quelle convenzioni in cui il mutuante avesse approfittato dello stato di bisogno del mutuatario.

In realtà, questa interpretazione, che accomuna nel contenuto e nella *ratio* sia l'art. 644 c.p., sia l'art. 1448, sia l'art. 1815 c.c., appare non sufficientemente fondata. L'azione generale di rescissione per lesione di cui all'art. 1448, se pur rappresenta «il corrispondente per così dire civilistico del reato di usura»¹⁴³, ha una specificità del tutto particolare che ben lo differenzia dall'ipotesi di nullità degli interessi usurari stabilita al 2° comma dell'art. 1815. La rescindibilità del negozio non ha, infatti, nulla a che fare con l'illiceità del negozio. Essa muove, inoltre, non dalla disuguaglianza delle prestazioni, elemento questo teoricamente irrilevante ai fini di una valutazione di diritto privato nel nostro sistema dei contratti¹⁴⁴, bensì da un altro dato che è strettamente collegato alla disciplina penalistica di usura, e cioè l'approfittamento dello stato di bisogno di una parte.

svorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen»).

¹⁴¹ La giurisprudenza ritiene che il 2° comma dell'art. 1815 non sia applicabile solo per il fatto che gli interessi siano convenuti in maniera esorbitante o perché ricorrano le condizioni per la rescissione di cui all'art. 1448 (sproporzione della prestazione in dipendenza dello stato di bisogno dell'altra parte), ma unicamente nel caso in cui sussistano tutti i requisiti dell'illecito penale: stato di bisogno del mutuatario, approfittamento di tale stato di bisogno, carattere obiettivamente sproporzionato degli interessi rispetto alla prestazione ricevuta, volontà cosciente e libera di approfittare dello stato di bisogno altrui. Cfr. Cass., 29-10-1971, n. 3047 (*RFI*, 1971, *Mutuo*, n. 6); A. Napoli, 14-5-1970 (*ibidem*, voce cit., n. 7, 8); Cass., 31-3-1969, n. 1596 (*ivi*, 1969, *Obbligazioni e contratti*, n. 482); Cass., 26-10-1968, n. 3604 (*ibidem*, *Interessi*, n. 12); Cass., 22-6-1968, n. 2104 (*ivi*, 1968, *Mutuo*, n. 12); A. Firenze, 28-4-1967 (*ibidem*, voce cit., n. 5); Cass., 8-9-1966, n. 2345 (*ivi*, 1966, voce cit., n. 11); Cass., 24-6-1966, n. 1615 (*ivi*, 1967, voce cit., n. 4); Cass., 6-5-1966, n. 1158 (*ibidem*, voce cit., n. 7, 8); Cass., 6-4-1966, n. 926 (*ivi*, 1966, I, 1535); Cass., 3-3-1965, n. 354 (*ivi*, 1965, *Interessi*, n. 11); Cass., 24-3-1962, n. 594 (*ivi*, 1962, voce cit., nn. 8, 9); T. Roma, 30-5-1961 (*ivi*, 1963, voce cit., n. 1); T. Cagliari, 16-3-1961 (*ibidem*, voce cit., nn. 10, 11); Cass., 16-11-1961, n. 2670 (*ivi*, 1962, I, 707).

¹⁴² Cfr. CARRESI, *op. cit.*, 127; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951, 1181; SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, 271-272; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja e Branca*, sub artt. 1277-1281, cit., 591, nota 1; CANDIAN, *Contributo alla dottrina della usura e della lesione nel diritto positivo italiano*, Milano, 1946, 55 ss.; LA PORTA, *La repressione dell'usura nel diritto penale italiano*, Milano, 1963, 61 ss.

¹⁴³ Così G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, cit., 273.

¹⁴⁴ Cfr. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive* (*RDCo*, 1963, I, 424 ss.).

Non è tanto il dato oggettivo del disequilibrio contrattuale che costituisce la premessa per la rescindibilità del contratto, bensì quello soggettivo offerto dal comportamento di una delle parti, diretto a raggiungere una determinata utilità economica coartando psicologicamente (attraverso lo sfruttamento dello stato di bisogno) la volontà dell'altra parte. Non è, infatti, la liceità in sé che viene messa in discussione, bensì il fatto che le anomalie nell'articolarsi delle prestazioni (sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra) siano il risultato di una forzatura della volontà di una delle parti. L'azione generale di rescissione per lesione rivela effettivamente, dunque, uno stretto collegamento con la fattispecie civilistica dell'usura. La stessa relazione al codice non ne fa mistero: «al codice penale quello civile si ricollega fino al punto da lasciare presumere che si sia voluto dare una precisazione dei presupposti civilistici della sanzione comminata nell'art. 644 c.p. È questa anzi la portata prevalente dell'azione generale di lesione introdotta con l'art. 1448, in quanto saranno rari i casi (permuta di immobili, contratti con reciproco scambio di prestazioni di fare) in cui l'azione stessa potrà operare al di fuori dell'ambito della norma penale»¹⁴⁵.

Va, d'altro canto, rilevato che la disposizione dell'art. 644 c.p., come abbiamo già accennato, non può essere accolta come esaustiva, generale definizione del concetto di usura, ma piuttosto rimane circoscritta unicamente a quei casi in cui l'obbligazione usuraia si configura per l'emergere di alcuni dati caratterizzanti, oggettivi (l'approfittamento dello stato di bisogno) e soggettivi (la consapevolezza dell'agente che il soggetto passivo versa in stato di bisogno e approfitti della relativa situazione psicologica). Di ciò si trova piena consapevolezza anche nella Relazione ministeriale sul progetto di codice penale, quando afferma: «non ogni obbligazione usuraia può ritenersi reato. I due termini non sono equivalenti. In questo come in ogni altro campo del diritto, non ogni contratto illecito può considerarsi un delitto; occorrono elementi ulteriori che integrino la violazione di quei superiori diritti sociali, che giustifica la sanzione penale. E questi elementi il progetto aveva riscontrati nell'abuso dello stato di bisogno della persona che contrae l'obbligazione, perché il profittare di tale stato di bisogno, obiettivamente, è grave per l'allarme sociale che suscita, e subiettivamente è rilevante perché palesa la pericolosità del soggetto»¹⁴⁶.

Non sussistono, dunque, giustificati motivi per considerare gli interessi, di cui all'art. 1815, 2° comma, come nozione collimante con quella penalistica dell'art. 644 c.p. Di conseguenza, non sembra necessario dover identificare anche

¹⁴⁵ Così la Relazione al codice civile, n. 658.

¹⁴⁶ Cfr. la Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, II, 468; e cfr. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, cit., 90.

l'approfittamento di uno stato di bisogno per poter definire nulla una convenzione di interessi palesemente esorbitanti rispetto a quelli solitamente praticati nel mercato. Militano per questa tesi diversi argomenti: *a)* uno fondato sulla lettera della legge, in quanto il legislatore, facendo riferimento nel mutuo agli interessi usurari, ha tralasciato di dare considerazione all'approfittamento dello stato di bisogno del mutuatario e, in ogni caso, a qualsiasi altro stato soggettivo di questi; *b)* un altro di natura sistematica: una specifica indagine sullo stato soggettivo del mutuante appare più omogenea alla metodologia dell'indagine penalistica che a quella civilistica, in quanto si verrebbe a ritenere necessario l'accertamento di un presupposto che attiene ad un ordine di valutazione tutt'altro che tipico del diritto civile, per il quale, solitamente, è irrilevante il contenuto psicologico della condotta che ha portato all'evento lesivo.

Sul piano della sanzione, inoltre, la nullità prevista dall'art. 1815, 2° comma (dal contenuto diverso rispetto all'inefficacia prevista dall'art. 1448 c.c.) sembra obbedire ad una logica specifica del contratto di mutuo. Un'applicazione, infatti, in questo caso della rescissione porterebbe, in ultima analisi, al mutuatario più danni che vantaggi. L'inefficacia conseguente alla rescissione comporterebbe per il mutuatario l'obbligo dell'immediata restituzione della somma ricevuta con la conseguenza, quindi, di sopportare rilevanti diseconomie connesse al venir meno di una già programmata (e raggiunta) disponibilità finanziaria. Un tale meccanismo non potrebbe che bloccare inesorabilmente ogni strumento di difesa del mutuatario, venendo a costituire l'ostacolo (di fatto) più rilevante all'esercizio dell'azione.

Al contrario, il meccanismo della nullità parziale offre ben altri vantaggi al mutuatario consentendo l'eliminazione della sola convenzione delle parti relativa agli interessi e il mantenimento in vita del contratto e, quindi, la continuazione del rapporto a vantaggio del mutuante¹⁴⁷. Lo scopo, quindi, della clausola dell'art. 1815, 2° comma, si evidenzia come finalizzato a colpire pratiche contrattuali ritenute non compatibili con l'ordine economico voluto. È l'operazione economica in cui si prevede, quale corrispettivo sotto forma di interessi, un li-

¹⁴⁷ Inaccettabile e legata ad ormai superate concezioni dell'autonomia privata ci sembra l'opinione del CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959, 93, che, in passato, con riferimento alla previgente formulazione dell'art. 1815, 2° comma, sostenne l'applicazione dell'art. 1419, 1° comma, a questa fattispecie ritenendo, quindi, possibile che, allorquando il mutuante provasse l'essenzialità della clausola nulla, si arrivasse alla nullità dell'intero negozio, con la conseguenza che, essendo in un contratto di mutuo la fissazione della misura degli interessi uno dei momenti maggiormente caratterizzanti l'intera operazione economica (cfr. G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, cit., 290), sicuramente il patto relativo agli interessi dovrebbe essere ritenuto essenziale e l'intero contratto sarebbe dichiarato nullo, in questo caso completamente a danno del mutuatario, giungendo al risultato del tutto opposto a quello voluto dal legislatore. Contrario a questa opinione del Criscuoli anche LIBERTINI, *op. cit.*, 131.

vello di interessi esorbitante rispetto a quelli solitamente praticati nel mercato, che viene sanzionata, mentre del tutto irrilevante, ed in ogni caso assolutamente non qualificante la fattispecie dell'art. 1815, è il fatto se si sia verificato o meno da parte del mutuante l'approfittamento dello stato di bisogno¹⁴⁸.

16. (Segue). *Il controllo sulla determinazione convenzionale del tasso di interessi.*

Di fronte alle esaminate tendenze, peraltro più che consolidate, della giurisprudenza italiana in tema di interessi usurari, non si può negare la sensazione di un'inquietante insufficienza nel nostro ordinamento, sia dal punto di vista legislativo che giurisprudenziale, nelle «politiche» di controllo della determinazione convenzionale degli interessi. L'interprete ha l'impressione che, in sostanza, non esista alcuno strumento realmente efficiente per controllare l'esosità del saggio degli interessi. È questa una vicenda, in realtà, un po' singolare che colloca il nostro paese in una posizione anomala rispetto ad altri, ove tali strumenti di controllo esistono e, spesso, in forme anche molto incisive.

Rispetto al sistema in vigore in Francia, ove viene ritenuto usurario il tasso degli interessi che sia superiore a più della metà di quello mediamente praticato nel mercato finanziario, o agli indirizzi seguiti dalla giurisprudenza tedesca nell'utilizzare il § 138 (contrarietà al buon costume), o a forme di garantismo anche intenso quali quelle consentite dal § 247 BGB. (possibilità di chiedere la risoluzione del contratto in rapporti contrattuali in cui sia previsto un saggio di interessi superiore al 6%), i connotati del sistema italiano appaiono sensibilmente anacronistici e per nulla idonei a consentire un effettivo controllo di siffatte manifestazioni dell'autonomia privata. Le deficienze del nostro sistema a questo proposito si spiegano, evidentemente, alla luce di una certa sopravvalutazione del ruolo e dei limiti della libertà contrattuale, rappresentata spesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza con toni sostanzialmente enfatici, che appaiono il residuo di un modo di intendere l'autonomia contrattuale ormai anacronistico, rispetto alle tendenze che si sono complessivamente manifestate negli ultimi anni nel nostro ordinamento¹⁴⁹.

Nell'esperienza tedesca, la determinazione convenzionale degli interessi incontra due diverse forme di limitazione e di controllo: quelle della *Sittenwidrigkeit* di cui al § 138 BGB., cioè la contrarietà al buon costume interpretata nel senso più ampio, oppure quelle dell'art. 247 sul diritto di recesso (*besonde-*

¹⁴⁸ Cfr. G.B. FERRI, *op. cit.*, alla nota prec., 291; di questa opinione anche GIAMPICCOLO, *op. cit.*, alla penultima nota, 90; FRAGALI, *op. cit.*, 350; LIBERTINI, *op. cit.*, alla nota prec.

¹⁴⁹ Cfr., ad esempio, l'atteggiamento di G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, cit., 288.

res Kündigungsrecht) per le convenzioni che prevedono un tasso di interessi superiore al 6%¹⁵⁰. Quest'ultima norma indica, invero, un rimedio del tutto specifico nell'ambito del possibile strumentario teso a controllare la determinazione convenzionale del saggio degli interessi.

Il § 247 BGB., infatti, dà la possibilità al debitore, nel caso in cui sia stato convenuto un tasso di interessi superiore al 6%, non prima che siano decorsi sei mesi dalla conclusione del contratto e nel rispetto di un termine di sei mesi, di risolvere il contratto. Questo principio, solitamente indicato nella letteratura tedesca sull'argomento con l'espressione *Wucherzinsparagraph*, certamente significativa ma in parte, a nostro parere, forzata, consente al debitore di liberarsi del vincolo contrattuale ogni qualvolta sia stato pattuito un saggio di interessi superiore al 6%.

Un principio siffatto ha delle immediate conseguenze nel comportamento di qualsiasi operatore economico. La variazione del tasso degli interessi nel mercato indurrà i vari debitori a scelte diverse a seconda delle varie congiunture economiche. Nei momenti in cui l'offerta di danaro si presenterà abbondante e, conseguentemente, il costo del danaro sarà notevolmente basso, il debitore sarà portato a svincolarsi dalla convenzione ed, eventualmente, a contrarre una nuova operazione di finanziamento secondo un saggio di interesse più vantaggioso; al contrario, nel caso in cui il costo del danaro venga a crescere, il debitore preferirà non risolvere il contratto e continuare a godere del capitale preso a prestito, sopportando il costo di un saggio di interessi in ogni caso inferiore a quello successivamente raggiunto nel mercato. L'obiettivo del § 247 è quello di approntare uno strumento di difesa del debitore allorquando il saggio di interesse, previsto dalla convenzione, sia piuttosto elevato.

Pur prescindendo da qualsiasi altro interrogativo sulla giustificazione di una norma siffatta (interrogativi a più riprese posti dalla più recente dottrina tedesca in ordine all'attuale compatibilità della *ratio* di questa disposizione con l'attuale realtà del mercato finanziario), non può negarsi che qualche dubbio si manifesti in ordine all'opportunità del mantenimento di un limite così basso del 6% del saggio degli interessi per la risoluzione del contratto. È questo l'elemento che maggiori preoccupazioni ha sollevato alla dottrina tedesca al punto che, in uno dei più noti manuali di diritto delle obbligazioni¹⁵¹, era stata avanzata la proposta *de iure condendo* di elevare questo *Zinsgrenze* al 10%.

In realtà, le ragioni di un limite del 6% per la legittimazione del contratto vanno ricercate nella storia della norma. Abbiamo avuto già occasione di sottolineare la travagliata esperienza del divieto canonistico degli interessi. Fu in Germania che il *Reichsabschied* del 1654 (§ 174) pose fine a questo divieto fis-

¹⁵⁰ Cfr., in questo senso, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*⁹, I, cit., All. T., 152; v. anche ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, 2, All. T., 140.

¹⁵¹ Cfr. LARENZ, *op. cit.*, alla nota prec., 152.

sando un limite entro il quale gli interessi venivano consentiti leciti. Il patto degli interessi era, dunque, ritenuto lecito ma fino alla soglia del 4-5% che, in sostanza, rappresentava la nuova definizione, in termini quantitativi, dell'usura. Fu nella seconda metà dell'Ottocento che anche questa soluzione (potremmo dire «compromissoria» tra la vecchia tradizione e le sempre più impellenti esigenze, che si andavano affermando, della borghesia capitalistica) venne ad essere superata. La Reichsgesetz del 14-11-1867 rimosse infatti ogni limite quantitativo alle convenzioni sugli interessi, consentendo ai privati di determinare liberamente il tasso¹⁵². Tale svolta non fu certo casuale. L'abolizione del *Wuchergesetz* rappresentava il necessario superamento di una non irrilevante «strozzatura» per lo sviluppo del capitalismo tedesco. Della necessità e opportunità di lasciare le parti arbitre del livello del tasso di interessi erano convinti gli ambienti giuridici più illustri e significativi.

La questione fu discussa al sesto Deutsche Juristentag del 1865 ove, caldeggiata da relatori come Goldschmidt, la proposta dell'abrogazione delle *Wuchergesetze* riuscì vittoriosa¹⁵³. Nel chiaro intento di rilanciare l'affermazione della piena negoziabilità del tasso convenzionale degli interessi, il legislatore tedesco del 1867 introdusse, al § 2 della citata legge, una disposizione garantistica a favore del debitore per il quale prevedeva la possibilità, nei casi in cui fosse stato pattuito un interesse superiore al 6%, di risolvere il contratto¹⁵⁴. Questo principio (benché sin dal l'inizio combattuto da una parte minoritaria della dottrina)¹⁵⁵

¹⁵² Cfr. § 1 *Gesetz des Reichstages des norddeutschen Bundes*, 14-11-1867, 159: «die Höhe der Zinsen, sowie die Höhe und die Art der Vergütung für Darlehen und für andere kreditirte Forderungen, ferner Konventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehns oder einer sonst kreditirten Forderung zu leisten sind, unterliegen der freien Vereinbarung».

¹⁵³ Cfr. i *Gutachten* di Goldschmidt e di Schaffrath sul tema *Die Aufhebung der Wuchergesetze*, in AA.VV., *Verhandlungen des sechsten Deutschen Juristentages*, I, 1953-1954, rispettivamente 227 ss. e 395 ss.

¹⁵⁴ Cfr. § 2, *Gesetz des Reichstages des norddeutschen Bundes*, 14-11-1867, («derjenige, welcher für eine Schuld dem Gläubiger einen höheren Zinssatz als jährlich sechs von Hundert gewährt oder zusagt, ist zu einer halbjährigen Kündigung des Vertrages befugt. Jedoch kann er von dieser Befugnis nicht unmittelbar bei Eingehung des Vertrages, sondern erst nach Ablauf eines halben Jahres Gebrauch machen. Vertragsbestimmungen, durch welche diese Vorschrift zum Nachtheil des Schuldners beschränkt oder aufgehoben wird, sind ungültig. Auf Schuldverschreibungen, welche unter den gesetzlichen Voraussetzungen auf jeden Inhaber gestellt werden, sowie auf Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt, und auf Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften leiden die in diesem Paragraphen enthaltenen Vorschriften keine Anwendung»).

¹⁵⁵ Furono particolarmente i sostenitori della piena e completa libertà contrattuale che sostennero la non opportunità di questo principio e la necessità di una pronta abrogazione: SCHWARZE, *Bemerkungen zu dem Bundesgesetze vom 14 nov. 1867, betreffend die vertragsmässigen Zinsen* (*Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen*, 30, 1868, 289 ss., spec. 297).

venne, come appare dalla relazione definitiva del BGB.¹⁵⁶, confermato nel citato § 247¹⁵⁷.

La dottrina successiva, pur avvertendo che l'attribuzione al debitore della facoltà di esercitare in modo sostanzialmente unilaterale un potere di non indifferente portata, quale la risoluzione del contratto, incideva, anche profondamente, nella tradizione liberalistica dell'autonomia privata, particolarmente sentita nell'ambiente tedesco, si sforzò di ricercare una giustificazione del principio ritenendolo espressione di una tendenza, sempre più accentuatasi dall'inizio del secolo, diretta a rendere almeno compatibile l'originario modello liberalistico della libertà contrattuale con l'effettiva salvaguardia di un equilibrio economico (ma non solo economico) del diritto dei contratti¹⁵⁸. Al riguardo si è parlato, più che di un'eccezione nel "liberalistisches Vertragsrecht", di un'espressione di un "sozialstatliches Privatrecht"¹⁵⁹, mentre altri, certamente a ragione, hanno ricollegato il principio alla nota dottrina dei *Geschäftsgrundlage*¹⁶⁰.

L'aspetto che maggiormente mostra il fianco a critiche è, d'altro canto, il riferimento ad uno specifico livello del saggio di interessi (6%) quale soglia determinata in maniera fissa per la risoluzione del contratto. La ragione di una tale scelta va ricercata nelle condizioni del mercato dei capitali alla fine del secolo XIX in Germania (ma non solo in Germania). Il saggio di interessi, allora comunemente praticato, si aggirava intorno al 4-5% ed in ogni caso, almeno negli anni in cui entrò in vigore il BGB., un saggio di interessi del 6% poteva sicuramente essere definito elevato¹⁶¹. Ma, al di là dei problemi, peraltro di tutto ri-

¹⁵⁶ L'Entwurf del BGB., infatti, manifestava un estremo liberalismo in proposito. Da un lato il § 358 stabiliva che «Zinsen können zu jeder Höhe durch Vertrag bedungen werden, solei nicht reichsgesetzliche Vorschriften über den Wucher entgegenstehen. Dies gilt auch für die Vereinbarung von Zinsen aus rückständigen Zinsen»; e, dall'altro, si rinunciava a riprodurre il principio della legge del 1867: cfr. MUGDAM, *Die gesamten Materialien*, II, XXXIII; cfr. anche, per una più sistematica valutazione dei lavori preparatori al BGB. su questo punto, JACOBS-SCHUBERT, *Die Beratung*, I, sub § 247, 73 ss. Una parte della dottrina dubitava dell'utilità del principio: cfr. DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, II, Halle, 1882, 90, nota 12 («Dies Kündigungsrecht ist in Praxis kaum je ins Werk gesetzt worden»); e così anche MUGDAM, *op. cit.*, 108 («Wohlthätige Wirkungen der Bestimmung sind nicht bekannt; sie hat vielmehr ihren Zweck im Wesentlichen verfehlt»).

¹⁵⁷ Cfr., sul punto MUGDAM, *op. cit.*, alla nota prec., 629.

¹⁵⁸ Si vedano sul punto le significative pagine di WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, in ID., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt, 1974, 9 ss.; ma v. anche il classico LARENZ, *Allgemeiner Teil*, München, 1980, 43 ss.

¹⁵⁹ Cfr. LUIG, *Kündigungsrecht bei hohem Zinssatz (Die Aktiengesellschaft)*, 1979, 149). Specificamente sullo sviluppo in Germania di una legislazione (per lo più speciale) caratterizzata in senso sociale, v. l'interessante DAMM, *Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem (Deutsche Juristenzeitung)*, 1978, 173, 176).

¹⁶⁰ SCHMIDT, in SOERGEL-SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Stuttgart, 1978, § 247, Rdn 2, 150 ss.

¹⁶¹ Cfr. CANARIS, *Die Kreditkündigung gemäss § 247 BGB. und der «Wandel der Normsitua-*

petto, relativi alla compatibilità nell'attuale situazione del mercato dei capitali di una soglia così bassa (6%) per la risolubilità del contratto di credito, la norma rivela aspetti di notevolissimo interesse particolarmente per i suoi effetti nel mercato dei capitali.

Colui, infatti, che ha concluso un contratto di credito per un tasso di interessi superiore alla citata soglia della risolubilità, sarà indotto ad esercitare questo potere tutte le volte che il saggio medio degli interessi comunemente praticati nel mercato verrà a diminuire, in quanto i sopravvenuti più favorevoli costi del danaro gli consentiranno di sostituire (con la risoluzione del precedente contratto) la prima fonte di finanziamento con una nuova a costi più convenienti (più bassi tassi di interessi). Al contrario, nei casi in cui la congiuntura del mercato finanziario tenderà a spostare verso l'alto il saggio degli interessi, comunemente praticato sul mercato, il debitore preferirà rimanere vincolato al contratto di credito in quanto le nuove possibilità di finanziamento si presenteranno, in ogni caso, più costose (più alti tassi di interessi).

La funzione reale del § 247 non va, dunque, tanto riposta in un riferimento dal sapore talora pauperistico, quale la garanzia del debitore contro le pratiche usuraie (*Wucherparagraph*), ma piuttosto in più specifiche ragioni di politica economica. La risolubilità del contratto, secondo le premesse cui abbiamo accennato, fornisce, infatti, uno strumento di immediato riequilibrio al mercato del credito, favorendo il continuo allineamento delle operazioni di finanziamento agli spostamenti verso il basso del tasso medio di interessi di mercato. Una congiuntura, caratterizzata da una tendenza verso un abbassamento del saggio medio degli interessi, sarà inoltre ulteriormente sollecitata se la massa dei debitori minaccerà di cambiare la fonte di finanziamento e di rivolgersi verso più convenienti finanziatori. La concorrenzialità di un'erogazione del credito a costi più bassi agirà, quindi, come fattore ulteriormente calmieratore del mercato comportando, come ultimo risultato, nel rallentare o diminuire il costo del danaro, notevoli vantaggi di natura anti-inflazionistica ¹⁶².

Il potere attribuito, dunque, al debitore di ottenere la risoluzione del contratto rivela caratteri il cui significato va oltre il semplice garantismo contro convenzioni dal carattere usuraio (o, comunque, non prive di interrogativi dal punto di vista equitativo). Qualora si riguardi il fenomeno non limitandosi ad esaminare la fattispecie in se stessa, ma piuttosto il contenuto o il significato delle premesse economiche, che solitamente inducono non il singolo debitore ma la massa dei debitori alla risoluzione del contratto, si avverte chiaramente che il § 247, al di là della sua collocazione strettamente privatistica, è strumento la cui portata e la cui logica va oltre i confini isolati delle microeconomie individuali,

tion» (*Wertpapier-mitteilungen*, 1978, 687 ss.); ZIEBE, *Novellierung des «Wucherzinsparagraphen»* (*Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1980, 168).

¹⁶² Cfr. indirettamente LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*⁹, I, cit., 152; v. anche CANARIS, *op. cit.*, alla nota prec., 688 ss.

ed è piuttosto espressione di una logica e di una dinamica di comportamento di portata macroeconomica, raramente identificabile in una così stretta connessione con un principio privatistico, che apparentemente sembra improntato ad una funzione strettamente contrattuale-individualistica. Le preferenze espresse, infatti, a livello individuale nei singoli contratti di credito, in ordine alle convenienze relative al costo del danaro (possibilità di trovare un finanziamento più conveniente di quello in corso già ottenuto), si sviluppano, poi, a livello di massa, tra i risparmiatori, quali momenti dominanti o, in ogni caso, ben profondamente influenti nel determinare le linee di tendenza della politica del costo del danaro.

La rilevanza pratica di una siffatta disposizione non ha mancato di manifestarsi in Germania alla fine degli anni Cinquanta, allorquando una congiuntura particolarmente favorevole nel mercato dei capitali indusse la Bundesbank ad abbassare il saggio di sconto prima al 3% e successivamente addirittura al 2,75%¹⁶³. La reazione del pubblico dei «debitori» fu pressoché immediata. Coloro che qualche anno prima avevano concluso contratti di credito in ragione di un interesse superiore al 6%, si rivolsero alle banche o alle società di assicurazione, da cui avevano ricevuto tali finanziamenti, al fine di risolvere i contratti ed indirizzarsi verso più convenienti fonti di finanziamento.

È a partire da quegli anni che nella dottrina tedesca si sono venute a sviluppare forti tendenze critiche nei confronti di questo principio¹⁶⁴. Destavano numerosi interrogativi sia il fatto che l'operatività del citato paragrafo si manifestava in una congiuntura, caratterizzata da un costo del danaro particolarmente basso, in cui un incremento dell'offerta di danaro (attraverso le contemporanee «valanghe di risoluzioni») rischiava di mettere in seria difficoltà gli istituti di credito, sia il fatto che, da originario strumento di garanzia del debitore contro politiche di alto costo o usuraio del danaro, veniva, ormai, utilizzato dal pubblico dei debitori unicamente al fine di lucrare sull'intervenuta più favorevole congiuntura del mercato.

Questa situazione spinse più volte la dottrina ad ipotizzare una forma «di abuso del diritto» (*Rechtsmissbrauch*) da parte del debitore¹⁶⁵. Alla radice del

¹⁶³ Il *Diskontsatz* fu portato dalla Bundesbank dal 3% al 2,75% il 9-1-1959.

¹⁶⁴ Cfr., da ultimo, ZIEBE, *op. cit.*, 168; v. le immediate e significative reazioni di quegli anni: HERREINER, *Das Kündigungsrecht nach § 247 BGB. im Blickpunkt wirtschaftlicher Interessen* (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1959, 225 ss.); HAMELBEK, *Das Kündigungsrecht nach § 247 BGB. (ibidem, 518)*.

¹⁶⁵ Cfr., oltre agli Autori citati alla nota precedente, CANARIS, *Die Kreditkündigung gemäß § 247 BGB. und der «Wandel der Normsituation»*, cit., 693; LUIG, *op. cit.*, 153; ZIEBE, *op. cit.*, alla nota prec., 168 ss.; non va, d'altro canto, neanche sottovalutata la campagna, talora sottilmente provocatoria e aggressiva, portata avanti da organi di stampa notevolmente diffusi presso il pubblico dei risparmiatori, quale quella posta in essere dal mensile di carattere divulgativo *Capital*, particolarmente nel n. 8/1977, ove si descriveva il § 247 quale arma miracolosa («Wunderwaffe») nei confronti degli istituti di credito al fine di ottenere una diminuzione del tasso degli interessi

problema è il dato, in verità difficilmente contestabile, che la soglia della risolubilità del contratto è stabilita ad un livello del tasso di interessi ormai troppo basso. Se, infatti, negli anni in cui vide la luce il BGB, il 6% annuo poteva effettivamente essere considerato un livello relativamente elevato, successivamente, data la tendenza all'aumento del costo del danaro anche in paesi caratterizzati da una favorevole congiuntura, quale la Germania federale, questo limite appare anacronistico da un lato e pericoloso dall'altro, in quanto uno dei momenti più rilevanti dell'ideologia e della logica contrattualistica, brevemente riassumibile nella formula «*pacta sunt servanda*», potrebbe essere messo in pericolo dal fatto (per la congiuntura economica attuale, e per particolari tendenze dell'economia mondiale, ineluttabile) che la stragrande maggioranza dei contratti di finanziamento sarebbe *ab initio* risolubile (in quanto il mercato imporrebbe saggi di interesse in ogni caso superiori al 6%).

A questo proposito, alcuni più autorevoli rappresentanti della dottrina tedesca sono arrivati a teorizzare un radicale completo contrasto del § 247 con il contesto economico attuale, ipotizzando una *Wandel der Normsituation* che necessariamente chiama in causa il legislatore¹⁶⁶. È in ogni caso estremamente significativo che tali, pur fondate, insoddisfazioni non siano mai risolte nel chiedere la semplice abrogazione del paragrafo in parola. Prevale, infatti, la convinzione della positività degli effetti di questo principio quale strumento atto a mantenere soddisfacenti livelli di omogeneità tra il mercato dei capitali e la contrattazione in corso¹⁶⁷. L'aspetto più rilevante è dato proprio dal fatto che il § 247 BGB., pur rappresentando una limitazione della logica contrattualistica (nel senso sopra detto), risulta poi strumento di incisivo rilievo per l'esaltazione ed il funzionamento di un'effettiva dinamica di mercato (attraverso, appunto, il pressoché automatico adeguamento dei contratti in corso al tasso medio degli interessi praticato nel mercato) che, come è noto, rappresenta il necessario presupposto per un'efficace realizzazione della libertà contrattuale. Si scorge, in questa vicenda, una sapiente metodologia di regolamentazione del mercato finanziario diretta dalla «saggezza» di una borghesia, quale quella tedesca, che ha saputo cogliere il significato ed i vantaggi assicurati da una complessiva flessibilità e concorrenzialità del mercato dei capitali (con tutti i benefici risultati che da questo possano derivare: uscita dal mercato degli istituti di credito al limite della

descrivendo, con un tono celatamente ricattatorio, la posizione delle banche come una posizione senza via d'uscita («hoffnungslose Rechtsposition») (*ibidem*, 4).

¹⁶⁶ L'analisi più autorevole è di CANARIS, *op. cit.*, alla nota prec., che coglie l'occasione per approfondire anche il problema più generale riassumibile nel brocardo «*cessante ratione legis cessat lex ipsa*» (*ibidem*, 688 ss.).

¹⁶⁷ È significativo che nessuno degli Autori citati alle note precedenti si sia schierato per l'abrogazione della norma citata, ma tutti si siano limitati a richiederne la revisione e l'adeguamento alla nuova realtà del mercato. Tale orientamento è stato ribadito in un assai motivato «*Rechtsgutachten*» da CANARIS, *Die Pflicht des Gesetzgebers zur Reform von § 247 BGB. (Wertpapier-mitteilungen*, 1982, 254 ss.).

concorrenzialità, acquisto per gli altri istituti di credito di una notevole fiducia presso il pubblico, incremento quindi del volume degli affari, dati questi anche fondati sulla proverbiale tendenza al risparmio del cittadino tedesco), sopportando anche quelle diseconomie che, nei singoli casi, la risoluzione anticipata può comportare.

Una situazione del genere presuppone, d'altro canto, non solo un'estrema concorrenzialità delle imprese bancarie, ma anche la massima fluidità nella politica dei finanziamenti. Un sistema bancario quale quello italiano sarebbe probabilmente poco sensibile a rendere operativi i criteri descritti. Da un lato il declino della funzione bancaria¹⁶⁸, caratterizzata sia dalla progressiva caduta di interesse per una politica di credito nei confronti del pubblico dei risparmiatori, sia da un vertiginoso aumento delle operazioni di credito gestite dallo Stato, e, dall'altro, la tradizionale pratica personalistica nella politica di erogazione del credito, avrebbero reso poco funzionale tale principio alla realtà del mercato finanziario italiano, fortemente condizionato dalla tradizione di una borghesia, come è noto, troppo divisa per essere modernamente razionale, troppo parassitaria e legata a pratiche di potere (anche economico) di tipo personalistico per essere concorrenziale, troppo contrastata da ceti sociali ancora subalterni, ma fortemente organizzati ed (a ragione) non disposti a compromessi, per essere realmente egemone.

17. (Segue). *Misura degli interessi contraria al buon costume.*

Una, anche incisiva, strategia di controllo sulla determinazione della misura degli interessi convenzionalmente stabiliti si era da tempo sviluppata in Germania attraverso l'utilizzazione della clausola generale della contrarietà al buon costume (§ 138 BGB.)¹⁶⁹. Una prassi giurisprudenziale piuttosto costante ha finito per fissare il *Wuchergrenze* nei contratti di mutuo nel limite del 40% degli interessi pretesi¹⁷⁰. Successivamente, la giurisprudenza ha ulteriormente allargato e reso più penetrante il controllo, estendendolo a quelle forme di finanziamento diffuse ovunque, ma in particolare in Germania, indirizzate per lo più, o quasi esclusivamente, a piccoli consumatori. Il fenomeno, solitamente indicato con l'espressione "Teilzahlungskredit", è stato preso in considerazione in quanto generalmente la concessione del credito viene subordinata a condizioni estre-

¹⁶⁸ Cfr. sul punto GALGANO, *Diritto commerciale*⁴, I, cit., 308 s.

¹⁶⁹ Cfr., fra le tante, Bundesgerichtshof, 15-2-1956 (*Der Betriebs-Berater*, 1956, 326); Bundesgerichtshof, 9-11-1961 (*ivi*, 1962, 156); Bundesgerichtshof, 19-4-1971 (*Wertpapier-mitteilungen*, 1971, 857).

¹⁷⁰ Cfr. in questo senso per tutti da ultimo DILCHER, in VON STAUDINGER, *Staudingers Kommentar*¹¹, sub § 138, Rdn 99, 470.

mamente onerose che, talora, si manifestano nella pattuizione di elevatissimi tassi di interessi, talora contengono condizioni altrettanto gravose per il mutuatario celate sotto le voci competenze, provvigioni, le più diverse ed esose (*Gebühren*)¹⁷¹. In questi casi difficilmente ricorre la fattispecie dell'approffittamento di uno stato di bisogno. Si tratta, al contrario, di un'operazione in parte analoga a quella del «credito al consumo»¹⁷², con la differenza che qui l'operazione di finanziamento di beni durevoli o mobili registrati rimane rigorosamente separata, come operazione di credito autonoma, e senza alcuna forma di collegamento, almeno diretto e giuridicamente rilevante, tra il terzo finanziatore ed il venditore di beni di consumo.

È questo un mercato del tutto particolare, in quanto riguarda una categoria di consumatori che, per l'estrema debolezza della loro situazione patrimoniale, mai otterrebbero finanziamenti da un normale istituto di credito. Allo stesso modo, le imprese che esercitano questa forma di *Teilzahlungskredit* sono, generalmente, di modeste dimensioni e svolgono prevalentemente od unicamente questo tipo di operazioni finanziarie¹⁷³. La debolezza patrimoniale di coloro che chiedono finanziamenti li esclude dal mercato dei normali istituti di credito e li costringe a rivolgersi, quale ultima *ratio*, a questi altri istituti residui che «vendono a caro prezzo» la propria disponibilità, pretendendo saggi di interessi elevatissimi e spesso superiori ai 100%. Non a caso, quella parte della dottrina, che si è schierata nel negare la contrarietà al buon costume di siffatte convenzioni, ha fatto perno soprattutto su questo elemento, sostenendo la incompatibilità delle erogazioni di capitali condotte dalle *Teilzahlungsbanken* con quella dei normali istituti di credito, data la ben più alta percentuale di rischi di insolvenza che caratterizza la clientela delle prime, rispetto a quelle delle seconde¹⁷⁴.

Le *Teilzahlungsbanken* verrebbero, quindi, in altre parole, a soddisfare un tipo di domanda che gli altri istituti di credito, in ogni caso, non sarebbero in grado di soddisfare. La, del tutto specifica, peculiarità della domanda e la particola-

¹⁷¹ Sull'assimilabilità di queste spese accessorie del contratto di credito agli interessi cfr. REICH, nota a *Oberlandesgericht München*, 21-2-1976 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1911, 636); di altra opinione CANARIS, *Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung* (ivi, 1978, 1891 ss.); ma v., sul punto, anche nel senso della assimilabilità, *Oberlandesgericht Frankfurt*, 21-6-1977 (*Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1978, 139).

¹⁷² Cfr. sul punto, più ampiamente, PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1976, 31.

¹⁷³ Non mancano, peraltro, casi di banche di notevolissimo rilievo che, non volendo perdere questa fetta di mercato, per evitare l'imbarazzo di acquistare un'immagine troppo spregiudicata agli occhi della clientela «normale, affidano a società *ad hoc* create il compito di navigare e guerreggiare in aree, sostanzialmente, inaccettabili per la rispettabilità della banca madre»; cfr. l'interessante analisi di REIFNER-WEITZ-UESSELER, *Tatsachen zum Verbraucherschutz*, Tübingen, 1978, 134 ss.

¹⁷⁴ Le analisi della Deutsche Bundesbank collocano la percentuale di rischio di insolvenza del debitore delle *Teilzahlungsbanken* in una misura di nove volte più elevata rispetto ai rischi corsi dai più importanti istituti di credito di media dimensione: cfr. il rapporto contenuto nel *Monatsbericht der Deutschen Bundesbank*, novembre 1976, 16 ss.

rità di un mercato irto di così gravi pericoli renderebbero incomparabili i costi di questa operazione di finanziamento con quelli solitamente praticati dalle altre banche. La pretesa di un più elevato saggio di interesse troverebbe giustificazione nella necessità, da parte della Teilzahlungsbank, di dover realizzare non solo la remunerazione del capitale investito (al pari degli altri istituti di credito), ma anche la copertura di rischi particolarmente elevati e quindi la ripartizione di questi, sotto forma di costi, tra tutti i fruitori dei finanziamenti¹⁷⁵.

Le più recenti tendenze espresse dalla giurisprudenza tedesca manifestano, in relazione a questo problema, ben diverso avviso e rigore. L'Oberlandesgericht Stuttgart, in una più che motivata pronuncia¹⁷⁶, ha decisamente demolito siffatte argomentazioni ritenendo comunque nulla, perché contraria al buon costume (*gute Sitten*), la convenzione in cui sia pattuito un saggio di interesse superiore del 100% alla punta massima del saggio di interesse medio accertato dalla Bundesbank per analoghe operazioni di finanziamento¹⁷⁷. La tesi del carattere peculiare della domanda soddisfatta da questi particolari istituti di credito è stata totalmente rigettata sostenendo che, se effettivamente la concessione di crediti in ragione di interessi pari o simili o, in ogni caso, non esageratamente superiori ad un livello del tasso di interessi corrispondenti ad un livello di normalità per quel settore (*Schwerpunktzins*) venisse a comportare il rischio quasi certo della perdita del capitale per il finanziatore, questa sarebbe la migliore e più chiara prova della completa mancanza di una qualsiasi giustificazione economica dell'operazione. In altre parole, viene ritenuto non corretto fondare la legittimità-giustificabilità di forme di finanziamento così onerose sul dato della fragilità delle condizioni patrimoniali della clientela, allegando la previsione che il finanziatore potrà compensare le perdite subite, per l'insolvenza di alcuni mutuatari, con i più che elevati interessi corrispettivi pagati da altri che, al contrario dei primi, saranno in grado di onorare i propri impegni.

L'estrema fragilità delle condizioni patrimoniali dei potenziali clienti impone, piuttosto, secondo questa giurisprudenza, un'ulteriore riflessione che investa direttamente la concreta giustificabilità economica di operazioni così rischiose. Il fatto stesso che tale parte della domanda di credito non trovi, per i motivi visti, alcuna possibilità di soddisfazione nel «normale» mercato dimostra in modo

¹⁷⁵ Convinto sostenitore di questa tesi è KOCHENDÖRFER, *Sittenwidrige Höhe von Darlehenszinsen* (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1980, 215 ss.); qualche analogia è riscontrabile in GIAMPICCOLO, «Mutuo (diritto privato)», cit., 462 ss., e particolarmente in G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, cit., 295 ss., ove si tende a sottolineare l'importanza del rischio dell'operazione di finanziamento nella valutazione degli interessi pattuiti.

¹⁷⁶ Cfr. Oberlandesgericht Stuttgart, 24-4-1979 (*Der Betriebs-Berater*, 1979, 1168 ss.): pur rispettando la consueta tradizione di rigore, la motivazione della sentenza è estremamente particolareggiata.

¹⁷⁷ Il riferimento, dunque, al cosiddetto *Schwerpunktzins* viene operato in relazione all'interesse medio della fascia dei diversi saggi di interessi pattuiti sul mercato, considerando una fascia di saggi di interessi in ogni caso non distanti più del 5% l'uno dall'altro.

incontrovertibile che i presupposti di tali operazioni di finanziamento, comunque effettuate, non hanno alcuna omogeneità con la realtà del mercato, e la pretesa di un saggio di interesse estremamente elevato, quale «correttore» o unico strumento di controllo dei rischi, deve essere considerato al pari di un corollario assai perverso da un punto di vista economico¹⁷⁸.

18. (Segue). *Limiti dell'ammissibilità della relatio nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali.*

Agli inizi degli anni Ottanta la Cassazione, confermando la decisione di merito di A. Genova, 8-7-1980, ha ritenuto che nel contratto di anticipazione bancaria l'obbligo di forma scritta, richiesta dall'art. 1284, 3° comma per le convenzioni con cui si pattuiscono interessi in misura superiore a quella legale, è efficacemente osservato attraverso un generale rinvio, contenuto, nel caso in esame, in una clausola del contratto di apertura di credito, alle norme bancarie uniformi relative ai conti correnti di corrispondenza¹⁷⁹.

La Cassazione ha in questo modo ripreso e confermato un orientamento già emerso in passato¹⁸⁰ secondo il quale il precetto normativo della forma scritta *ad substantiam* per la determinazione degli interessi ultralegali può essere efficacemente osservato, analogamente a quanto è prescritto per la determinabilità dell'oggetto del contratto, anche con la mera fissazione di criteri per la determinazione indiretta e non contestualmente contenuta nel contratto sottoscritto dal debitore, della misura del tasso degli interessi.

¹⁷⁸ Adesivo del nuovo importante indirizzo giurisprudenziale BACHMANN, *Die Nichtigkeit von Teilzahlungskrediten nach der neueren Rechtsprechung und ihre folgen* (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, 2082); SCHNEIDER, *Der Streitwert bei Teilzahlung auf eine verzinsliche Hauptforderung* (*Deutsche Richter Zeitung*, 1979, 310); mentre, in nome di un falso garantismo nel campo contrattuale, si schierano dalla parte delle Teilzahlungsbanken (non a caso) due rappresentanti del mondo forense, KOCHENDÖRFER, *op. cit.*, 215 ss. e KESSLER, *Anmerkung all'Oberlandesgericht Stuttgart*, 24-4-1979 (*Der Betriebs-Berater*, 1979, 1423, nota 8); inoltre, sul tema, v. la ormai consolidata giurisprudenza del Bundesgerichtshof, 29-6-1979 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, 2089 ss.); Bundesgerichtshof, 9-11-1978 (*ibidem*, 805); da ultimo v. anche WEBER, *Die Nichtigkeit von Teilzahlungskreditverträgen* (*ivi*, 1980, 2062); e v. anche Bundesgerichtshof, 10-4-1980 (*ibidem*, 2074); Bundesgerichtshof, 17-4-1980 (*ibidem*, 2076). La legge francese 28-12-1966, n. 1010-66, al fine di stabilire la natura usuraia del mutuo, fa riferimento al «taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les banques et les établissements financiers enregistrés par le conseil national du crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues» (art. 1).

¹⁷⁹ Sul tema degli interessi, della determinazione pattizia della loro misura e del rapporto tra saggio legale e saggio convenzionale, cfr. INZITARI, *La moneta*, in ID., *Moneta e valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI, cit., 191 ss. e spec. 267 ss.

¹⁸⁰ Cfr. Cass., 20-6-1978, n. 3028 (GC, 1978, I, 1585).

In un più remoto passato l'impostazione seguita dalla Cassazione su questo tema appariva sensibilmente diversa.

Il tema della pretesa della banca di interessi superiori alla misura legale dai propri correntisti veniva valutato alla stregua dei principi normativi espressamente stabiliti dal legislatore per le «operazioni bancarie in conto corrente».

A questo proposito veniva osservato che l'art. 1857 che stabilisce quali articoli relativi al contratto di conto corrente debbono applicarsi al deposito, all'apertura di credito ed alle altre operazioni bancarie (artt. 1826, 1829 e 1832) non comprende l'art. 1825, norma quest'ultima che consente una deroga, attraverso un richiamo agli usi, dell'obbligo della forma scritta *ad substantiam* di cui all'art. 1284, 3° comma¹⁸¹.

Agli stessi risultati era già giunta, per altra via, una dottrina della fine degli anni Sessanta, la quale, sottoponendo ad analisi le scarse norme della V sezione «delle operazioni bancarie in conto corrente», aveva ritenuto possibile l'applicabilità delle norme del contratto di conto corrente ordinario al conto corrente bancario¹⁸².

Qualora si accettino, infatti, le premesse, anche efficacemente addotte dalla dottrina, secondo le quali la disciplina del conto corrente bancario deve essere integrata con quella del conto corrente ordinario e del mandato, potrebbe essere ipotizzabile una applicazione ai contratti bancari (e quindi anche all'anticipazione bancaria regolata in conto corrente) dell'art. 1825 che, per la misura degli interessi, fa riferimento, oltre che alla determinazione pattizia, anche agli usi.

Per questa via, quindi, potrebbe forse essere aggirato l'ostacolo della lettera dell'art. 1857 che, stabilendo l'applicabilità alle operazioni regolate in conto corrente degli artt. 1826, 1829 e 1832, non menziona il citato art. 1825.

Accettata questa premessa sarebbe dunque possibile ritenere che data la diretta applicabilità delle norme del conto corrente ordinario all'apertura di credito e tra queste dell'art. 1825, alla mancanza di forma scritta potrebbe supplire un riferimento agli usi¹⁸³.

Resterebbe a questo punto un unico problema: quello dell'attribuzione alle norme uniformi bancarie della natura di usi nel senso dell'art. 1 preleggi.

A questo proposito, contrariamente a quanto ritenuto dalla già citata dottrina¹⁸⁴,

¹⁸¹ Cfr. Cass., 23-3-1975, n. 1107 (*FI*, 1976, I, 2236); Id., 6-12-1969, n. 3896 (*GC*, 1970, I, 734 ss.), con nota di LAZZARO al quale rinviamo per ulteriori ampie indicazioni giurisprudenziali.

¹⁸² Cfr. CALTABIANO, *Il conto corrente bancario*, Padova, 1967, *passim* ma spec. 139 ss.

¹⁸³ In questo senso per l'appunto CALTABIANO, *op. cit.*, alla nota prec., 161; ma cfr. contr. MOLLE, *I contratti bancari*⁴, Milano, 1981, 483 ss.; ID., *Operazioni in conto corrente e i tassi d'interesse «del cartello»* (*BBTC*, 1951, II, 319 ss.) sulla piazza, e producono a loro volta interessi nella stessa misura.

¹⁸⁴ Cfr. CALTABIANO, *op. cit.*, alla penultima nota, 162, che arriva ad affermare che «è abbastanza sicuro, a mio avviso, che l'uso in proposito (norme bancarie uniformi) sia da tempo formato nel senso che il saggio degli interessi è in mancanza di patto diverso, quello indicato nel pur mutevole cartello bancario».

non riusciamo a rinvenire in un insieme di clausole del tutto unilateralmente predisposte da un cartello, l'ABI, che raccoglie in modo totalitario uno dei settori più forti ed influenti degli operatori economici della società contemporanea (le aziende di credito), quell'elemento della tacita *voluntas populi*, che si esprime sia nell'*opinio iuris*, sia nell'*opinio necessitatis* oltre che nella *vetustas*, che la nostra sensibilità ermeneutica e classificatoria, forse colpevole di coltivare gli obsoleti miti del principio di legalità e dello stato di diritto, ancora purtroppo si affanna a ricercare prima di concedere a qualsiasi materiale al quale si ritiene di attribuire carattere consuetudinario e precettivo la qualifica di fonte del diritto.

La stessa cautela appare opportuna di fronte alla pretesa, spesso avanzata dalle banche, di attribuire alle norme bancarie uniformi il valore di «clausole d'uso» o di «usi negoziali» ai sensi dell'art. 1340 c.c.

Le conseguenze sarebbero in questo caso ancor più incisive che per gli usi normativi. È noto, infatti, che mentre questi ultimi, in base all'art. 8 preleggi, hanno efficacia in quanto richiamati dalla legge e quindi incontrano comunque il limite delle norme dispositive di legge, gli usi negoziali operando sul contratto possono derogare alle norme dispositive di legge¹⁸⁵.

Ma proprio quel carattere di unilaterale predisposizione, addirittura da parte di un organo di cartello, l'ABI, che continuamente aggiorna, modifica, ritocca le diverse norme uniformi bancarie a seconda delle diverse esigenze e decisioni delle aziende di credito, porta ad escludere tanto un'assimilazione, quanto una ricomprensione delle norme uniformi bancarie nella categoria degli usi negoziali¹⁸⁶. Se pure si volesse accettare quindi quella soluzione sopra accennata che ha proposto l'estensione delle norme dettate al conto corrente bancario e con esse quindi la diretta applicabilità del richiamo agli usi, di cui all'art. 1825, anche all'apertura di credito¹⁸⁷, si deve concludere che, non essendo le norme uniformi bancarie dotate del carattere proprio né degli usi normativi, né degli usi negoziali, la mancata osservanza della forma scritta per la convenzione relativa agli interessi deve far ritenere violato l'art. 1284, 3° comma, con conseguente dedu-

¹⁸⁵ Cfr. il classico ed ancor oggi fondamentale ASQUINI, *Usi legali e usi commerciali*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Padova, 1936-1961, 369; PAVONE LA ROSA, «Consuetudine (usi normativi e negoziali)», in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 518; INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in GALGANO ET AL., *L'impresa*, in *Tratt. Galgano*, II, Padova, 1978, 354 ss.

¹⁸⁶ Cfr. GALGANO, *Diritto commerciale*⁴, I, cit., 310; PAVONE LA ROSA, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, I, Milano, 1978, 23; sul rapporto tra artt. 1340 e 1341, 2° comma, particolarmente rilevante nei contratti bancari cfr. INZITARI, *op. cit.*, alla nota prec., 361 ss.

¹⁸⁷ Va comunque rilevato che la tesi prospettata dal CALTABIANO, *op. cit.*, 162, quand'anche fosse possibile superare lo scoglio della non assimilabilità delle norme bancarie uniformi agli usi normativi e agli usi negoziali, con troppa facilità, come è stato anche rilevato dal LIBERTINI, *op. cit.*, 128, nota 148, supera il dettato dell'art. 1857, che, nel richiamare per il conto corrente bancario alcuni articoli del conto corrente ordinario, si astiene dal richiamare l'art. 1825 il quale, essendo comunque norma che stabilisce un principio di eccezione rispetto al principio generale delle obbligazioni pecuniarie, non è suscettibile di applicazione analogica.

cibilità da parte della banca della sola misura legale degli interessi.

Il mancato richiamo dell'art. 1825 da parte dell'art. 1857, afferma la Cassazione, «può comportare soltanto l'impossibilità di applicare automaticamente il tasso previsto dagli usi nelle ipotesi in cui il contratto relativo alle operazioni bancarie in conto corrente non regoli la materia degli interessi, ma non può provocare l'invalidità della clausola contenente un rinvio agli usi». Le parti infatti, continua la Cassazione, sono libere di «pattuire il riferimento agli usi per la determinazione della misura degli interessi».

L'osservanza dell'obbligo della forma scritta *ad substantiam* nella pattuizione di un tasso ultralegale degli interessi viene dunque ricondotta al tema dell'espressione della volontà contrattuale *per relationem*, attraverso il riferimento ad elementi estrinseci al contratto che hanno la funzione di integrare la volontà negoziale.

In altre parole la Cassazione ha affermato che nella pattuizione della misura ultralegale degli interessi è sufficiente la previsione di soddisfacenti criteri di rinvio per l'esatta determinazione del loro tasso, e il fatto che questo risulti superiore a quello legale non comporta l'inefficacia o invalidità della convenzione.

A sostegno di questa tesi viene fatto appello al noto principio di cui all'art. 1346 c.c., sull'efficacia del contratto il cui oggetto non sia determinato ma determinabile, e vista la concorrenza con il problema dell'obbligo della forma *ad substantiam* per la pattuizione degli interessi ultralegali, il tema diventa dunque quello, assai arduo, del rinvio nei contratti formali ad elementi extraformali.

Un tempo avevamo appreso, studiando la più «classica» delle trattazioni italiane dedicate al negozio giuridico, che «il carattere formale del negozio importa che il suo precetto non possa validamente venir posto in essere, se non nella forma predeterminata ed in essa esclusivamente. Pertanto esso non potrebbe desumere il suo contenuto precettivo *per relationem* da una fonte di cognizione ad esso estranea, cui facesse rinvio e riferimento»¹⁸⁸.

Il confronto con l'esperienza giuridica sia dottrinale che giurisprudenziale tedesca ci confermò che la previsione di forme *ad substantiam* deve essere intesa quale obbligo di sottoporre, alla forma prevista, l'intero contenuto del contratto¹⁸⁹.

Il vero problema non risiede tanto nell'osservanza dell'obbligo di forma, quanto nella predisposizione da parte dei contraenti di una determinabilità potenziale dell'oggetto del contratto. Per questa via la Cassazione giunge a conclusioni che riteniamo erranee in ordine ad un problema di primaria importanza

¹⁸⁸ Così BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, rist. 1960, 286 s.: sul negozio *per relationem*, v. DI PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940.

¹⁸⁹ Cfr. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., 340: «Soweit das Gesetz für bestimmte Verträge eine bestimmte Form vorgeschrieben hat, unterliegt dem Formzwang der gesamte Vertragsinhalt» v. pure il classico manuale di MEDICUS, *Bürgerliches Recht*¹⁰, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, 82; e *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 57, 5377.

quale quello dei limiti di ammissibilità della *relatio* nei contratti formali.

Infatti, nei contratti a forma libera la legittimità dello strumento della *relatio* deve essere valutata unicamente con riguardo all'oggettiva idoneità degli strumenti di rinvio a fornire univoci elementi di determinazione, necessari per la completezza del contratto allorquando le parti abbiano predisposto una documentazione sufficiente per l'individuazione degli elementi *de relato* che in questo modo vengono ad inserirsi nel contesto della dichiarazione documentata che contiene la *relatio*.

Nei contratti solenni o a forma vincolata, al contrario, l'aspetto che assume primario rilievo va oltre la mera astratta determinabilità del contenuto dell'atto, bensì investe direttamente anche le modalità formali con cui la dichiarazione di volontà, che contiene i riferimenti idonei a rendere concretamente determinato il contenuto dell'atto, viene manifestata ed espressa.

L'obbligo della forma scritta non può comunque essere confuso, come è stato già giustamente rilevato, con quei principi di esasperato formalismo che pur si rinvergono ad esempio all'interno del fenomeno della «cartolarità» ove viene richiesto non soltanto che «la regola sia fissata nel documento ma che tutti gli elementi della regola debbano risultare dal documento, per essere giuridicamente rilevanti»¹⁹⁰.

Di qui l'opinione ormai generalmente diffusa dell'ipotizzabilità, entro rigorosi limiti, anche con i negozi formali, della dichiarazione per rinvio.

L'obbligo di forma *ad substantiam* è infatti di solito riferito a quei tratti caratterizzanti del contratto dai quali, o dall'insieme dei quali, derivano quegli effetti giuridici per cui è previsto l'obbligo della documentazione scritta nei contratti di cui all'art. 1350, quali la causa dell'atto traslativo, l'oggetto, le diverse prestazioni delle parti (o più semplicemente, nell'art. 1341, 2° comma, ove l'obbligo di forma riguarda la dichiarazione di accettazione delle clausole vessatorie).

L'obbligo della forma scritta sarebbe dunque da riferire alle dichiarazioni con cui le parti stabiliscono o accettano quei segmenti della regola negoziale (come sono stati chiamati da un'autorevole dottrina¹⁹¹) che costituiscono il contenuto minimo qualificante la dichiarazione di volontà¹⁹².

Sotto questo profilo l'obbligo di forma è assolto quando le parti manifestano la loro volontà, in ordine a quell'elemento o segmento negoziale per il quale è richiesto un obbligo di forma, adottando la forma prescritta.

È del tutto compatibile con la forma scritta il fatto che le parti piuttosto che fissare un certo elemento, ad esempio quantitativo, abbiano fatto appello a criteri, indici, formule per la quantificazione successiva ed anche flessibile e variabi-

¹⁹⁰ Cfr. G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, nota a Cass., 27-11-1963, n. 3044 (RDCo, 1964, II, 212).

¹⁹¹ Cfr. le pagine dedicate all'«evasione del formalismo» da SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, 438.

¹⁹² Cfr. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali* (RDC, 1972, I, 116 ss.).

le del contenuto quantitativo dell'elemento o del segmento in questione (ad esempio il caso più frequente può essere quello del prezzo determinato in base a numeri indici o a valori di ragguaglio).

In conclusione, ciò che la legge richiede non è tanto la fissazione del contenuto della prestazione che sarà concretamente dovuta, quanto piuttosto l'univoca determinazione per iscritto degli elementi di diretta individuazione e quantificazione delle prestazioni.

Usualmente i contratti di apertura di credito sottoscritti dai clienti prevedevano come norma finale il generico rinvio «per quanto non espressamente disciplinato» alle norme uniformi bancarie sui conti correnti di corrispondenza.

Tali «norme», unilateralmente predisposte dall'ABI (ed alle quali comunque non può essere riconosciuto il carattere né di usi normativi né negoziali), prevedono a loro volta (art. 7) il rinvio per la determinazione degli interessi alle «condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito»¹⁹³.

L'accettazione risultante dalla firma apposta dal cliente in fondo al contratto di apertura di credito non può essere ritenuta quale assolvimento dell'obbligo di forma *ad substantiam* prescritto dall'art. 1284, 3° comma, in quanto non realizza quella univoca determinazione degli elementi di diretta individuazione e quantificazione delle prestazioni in considerazione dei quali è stato previsto dal legislatore l'obbligo della forma scritta.

La giurisprudenza di legittimità ha tuttavia ricondotto il problema a quello, diverso e di tutt'altro peso e rilevanza, dell'idoneità degli strumenti di rinvio a determinare con certezza l'entità del tasso ultralegale dovuto.

Viene a questo proposito ripetutamente richiamata la disposizione di cui all'art. 1346 sulla determinabilità dell'oggetto del contratto, e, forte di questo principio, si deduce che il «richiamo scritto ad altre disposizioni scritte» nelle norme bancarie uniformi relative ai conti correnti, che a loro volta rinviavano alle condizioni relative ai tassi attivi e passivi «praticati e resi pubblici dalle aziende di credito e resi pubblici a mezzo dei bollettini delle aziende stesse e dei giornali quotidiani», è in grado di assolvere validamente all'obbligo di forma scritta di cui all'art. 1284, 3° comma.

Gli argomenti addotti dalla Cassazione sono a questo proposito tutt'altro che conclusivi e determinanti in relazione al problema della *relatio* nei contratti formali.

È infatti di ovvia evidenza che quotidiani ed ebdomadari più o meno specializzati diano la possibilità ai cittadini di informarsi della misura del costo del danaro bancario, come pure del prezzo del rendimento normalmente e mediamente praticato per tanti altri beni o titoli, e così pure è pur vero che qualsiasi

¹⁹³ Cfr. il 3° comma dell'art. 7 delle norme che regolano i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi, adottate dalle aziende di credito sotto gli auspici dell'ABI, riportate da MOLLE, *I contratti bancari*⁴, cit., 859: «Gli interessi dovuti dal correntista all'azienda di credito, salvo patto diverso, si intendono determinati alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito».

cittadino è a conoscenza del fatto che i meccanismi di determinazione del costo del danaro bancario dipendono, oltre che da fattori economici generali interni ed internazionali, dalle decisioni unilaterali prese monopolisticamente dal cartello bancario.

Ma questi rilievi sarebbero risolutivi del caso in esame se il problema fosse unicamente quello della astratta conoscibilità per il cliente del costo del danaro bancario, ma il problema in realtà è ben altro e cioè quello della univoca determinazione per iscritto degli elementi di diretta individuazione e quantificazione della prestazione, in quanto relativa a quella parte ultralegale della misura degli interessi, in considerazione dei quali è stato previsto dal legislatore la forma scritta.

Di nessun rilievo, a differenza di quanto ritenuto dalla Cassazione, è dunque il fatto che le norme bancarie uniformi relative al conto corrente, e in queste l'art. 7, che rinvia, per la determinazione del tasso di interesse, a quanto usualmente praticato dalle aziende di credito, siano scritte in schede prestampate unilateralmente predisposte e conoscibili presso le varie e diverse sedi e rappresentanze dell'azienda di credito.

Come dimostrano le due diverse previsioni dell'art. 1341, ben diversi sono i presupposti per assicurare efficacia all'adesione a condizioni per le quali è sufficiente la mera conoscibilità (art. 1341, 1° comma), o piuttosto l'osservanza di uno specifico obbligo di forma (art. 1341, 2° comma).

In conclusione è da escludersi che l'obbligo della forma *ad substantiam* sia assolto dal rinvio meramente generico all'insieme di disposizioni contenute in un altro testo predisposto unilateralmente, in cui si fa rinvio a sua volta non ad una misura quantitativa fissata con precisione, ma alle contingenti e mutevoli pratiche «usualmente» praticate dalle Aziende di credito.

L'elemento *de relato* verrebbe dunque, seguendo questa opinione, determinato attraverso una clausola di *relatio* ad un'altra clausola di *relatio*, entrambe per lo più generiche nel precetto e non direttamente determinanti la misura concreta degli interessi dovuti.

Non ci illudiamo che la prescrizione ed il rispetto dell'obbligo di forma possano riuscire in concreto di grande efficacia sul piano della tutela dei clienti delle banche nella contrattazione e fissazione della misura degli interessi. Sappiamo bene che i controlli del contenuto del contratto, basati sulla presunzione dell'avvenuta conoscenza attraverso l'imposizione di una specifica approvazione per iscritto o comunque una forma vincolata, appartengono ad una fase ormai superata nella quale si tendeva a sopravvalutare (coerentemente del resto con la mitizzazione del ruolo della volontà individuale nelle scelte di autonomia privata) la portata del valore delle garanzie offerte dalla conoscibilità o conoscenza del contenuto del contratto¹⁹⁴.

¹⁹⁴ L'esempio più significativo è certamente quello degli strumenti di controllo sulle condizioni generali di contratto previsti nel codice italiano del 1942. Piuttosto che continuare a perse-

Va comunque ribadito che finché tali obblighi, quali quello di forma, sono prescritti in vigenti disposizioni di legge, quale l'art. 1284, 3° comma, essi devono essere osservati se non nella speranza che possano costituire il valido supporto per una effettiva consapevole contrattazione della misura degli interessi ultralegali, almeno nella consapevolezza che essi costituiscono una «regola del gioco» che le aziende di credito, nell'imporre unilateralmente alla collettività, attraverso il cartello bancario, il costo del credito bancario, devono pur sempre avere l'onere di osservare, rinunciando almeno in questo alla antica pretesa del monopolista, non solo di dettare unilateralmente il prezzo delle proprie prestazioni, ma di ritenere che coloro che entrano in contatto con la sua impresa abbiano accettato e si siano «spontaneamente» sottoposti all'ordinamento del mercato di cui il monopolista non può che essere legislatore sovrano. Non è possibile in questa sede ricordare le diverse vicende dottrinarie e legislative del nostro come di altri paesi che hanno accompagnato la genesi del principio dell'obbligo della forma *ad substantiam* per la determinazione della misura ultralegale degli interessi¹⁹⁵.

Ci permettiamo di riprodurre, non senza una certa ironia, un brano di un remoto ma significativo legislatore: «L'obbligo imposto al mutuante, che stipula gli interessi, di consegnare la pattuizione in atto scritto, equivale a un appello alla pubblica opinione ed esercita la più efficace influenza sul pudore del mutuante, il quale non oserebbe sfidare con cinico coraggio, la pubblica riprovazione che colpisce l'usuriere».

Queste parole si leggono nella relazione ministeriale al codice civile del 1865¹⁹⁶. A più di un secolo di distanza il richiamo al controllo della pubblica opinione sul pudore del mutuante, che contratta una misura ultralegale degli interessi, appare certamente come un assai ingenuo appello a favore di colui che nel linguaggio giuridico dei nostri giorni si definisce «contraente debole».

La realtà contemporanea delle contrattazioni relative a disponibilità monetaria non solo sembra avere ormai del tutto dimenticato i moralistici richiami del legislatore ottocentesco, ma incontra nella giurisprudenza un docile interlocutore, disposto a smussare anche in modo assai incisivo quei pochi principi che anche il codice vigente ha voluto porre a garanzia del debitore di danaro.

guire l'impossibile ed illusorio obiettivo di costringere l'aderente se non a contrattare, almeno a prendere conoscenza del contenuto delle clausole predisposte, ed in particolare di quelle vessatorie, le strategie di controllo attuate da altri paesi percorrono ormai altre vie assai più efficaci quali le diversificate e graduate valutazioni operate dall'*AGB-Gesetz* tedesco federale, 9-12-1976 che differenzia a secondo del contenuto delle varie clausole tra inefficacia parziale, inefficacia, nullità (§ 3 *Überraschende Klauseln*, § 9 *Generalklausel*, § 10 *Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit*, § 11 *Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit*).

¹⁹⁵ Rinviamo a INZITARI, *La moneta*, in ID., *Moneta e valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI, cit., 267, nota 1.

¹⁹⁶ Cfr. GIANZANA ET AL., *op. cit.*, I, 329.

19. (Segue). *L'inefficacia della determinazione degli interessi bancari mediante relatio per mancanza di univocità e precisione dei criteri di riferimento.*

Il tema della determinazione della misura degli interessi nei contratti bancari ha continuato ad essere al centro di una crescente attenzione da parte della giurisprudenza di merito, nella quale la revisione della tradizionale giurisprudenza della Cassazione non soltanto sembra diffondersi, ma anche mostrare segni di consolidamento che difficilmente potranno restare privi di seguito.

Anche in occasione di un giudizio di accertamento del credito fallimentare, l'orientamento manifestato tanto in dottrina che in giurisprudenza ha finito per negare validità ed efficacia alle prassi generalmente seguite dalle banche di determinare il tasso convenzionale degli interessi tramite un riferimento agli interessi su piazza.

In un caso esaminato dal Tribunale di Milano l'illegittimità del metodo seguito dalla banca nella determinazione degli interessi ha portato alla qualificazione di indebito della somma percepita dalla banca per interessi ultralegali non ritualmente determinati. Questo ha comportato il riconoscimento di un credito di restituzione al fallimento, il quale è stato fatto valere in compensazione in sede di procedimento di accertamento del passivo, provocando la non ammissione del contrapposto controcredito della banca per effetto dell'estinzione per compensazione con il debito di restituzione¹⁹⁷.

Ma l'aspetto di maggiore rilevanza di quest'ultima giurisprudenza sembra risiedere nell'attenta valutazione tra la tecnica di determinazione *per relationem* del contenuto o parte del contenuto del contratto e la compatibilità con il precetto della solennità della forma.

In particolare gli estensori delle sentenze in esame si sono correttamente domandati se ed entro quali limiti la medesima forma solenne non debba essere presente in entrambi i termini della *relatio* e, quindi, non solo nella fase di enun-

¹⁹⁷ Si tratta, invero, di un insolito, ma ritengo, corretto caso di compensazione fatto valere in sede di accertamento del credito. La peculiarità consiste nel fatto che la compensazione nel nostro sistema deve essere fatta valere dalla parte e non può essere fatta valere d'ufficio dal giudice. Sorgerebbe quindi il problema, probabilmente a quanto risulta dalla sentenza, non avvertito dalle parti, se il giudice delegato possa escludere il credito «perché compensato da maggior credito» dal fallimento. Tale facoltà, sicuramente preclusa in un ordinario giudizio di cognizione, appare ammissibile nel procedimento di accertamento dei crediti in considerazione del fatto che ad esso partecipano non solo i creditori, ma anche e (soprattutto) il curatore, e che, come prevede l'art. 96, 2° comma, l. fall., il giudice decide anche sulla base delle contestazioni degli interessati e, quindi, anche delle «eccezioni di compensazione» del curatore, le quali debbono quindi essere considerate come eccezioni portate a conoscenza del giudice e rese, quindi, processualmente rilevanti al fine di consentire la decisione di ammissione o di esclusione del credito, la quale, se appunto avviene sulla base della dichiarazione di compensazione, deve considerarsi quale accoglimento di un'eccezione di una delle parti del procedimento di accertamento.

ciazione dei criteri di determinabilità preventiva dell'oggetto del patto, ma anche piuttosto nell'elemento destinato poi in concreto ad operare la reale individuazione dell'oggetto.

Il problema è, dunque, se la prescrizione della forma solenne debba necessariamente investire tutti i pur minimi elementi della complessiva regolamentazione negoziale, e la soluzione è certamente negativa, in quanto, altrimenti, si finirebbe per confondere l'obbligo della forma scritta con quello ben diverso ed eccezionale della cartolarità.

Viene, peraltro, acutamente osservato nelle sentenze in esame che la problematica della *relatio* è insita nella stessa tecnica della scrittura, che di per sé, come sistema di segni, rimanda necessariamente ad una realtà esistente fuori dal testo contrattuale e, quindi, correttamente si osserva che il vero problema non è quello della possibilità o meno della *relatio*, bensì quello dell'identificazione del limite di specificità ed univocità del richiamo.

Le ragioni della sottoposizione di alcuni atti al regime della forma solenne risiede nella tutela di un più alto grado di certezza, nel favorire la consapevolezza e la conoscenza del contenuto dell'accordo, la più agevole ricostruibilità *ex post* delle obbligazioni e delle prestazioni, in un'espressione nel consentire alle parti di meglio valutarne la portata.

Nei contratti formali occorre, dunque, che l'elemento esterno sia preesistente, redatto per iscritto e già conoscibile con assoluta certezza nel suo contenuto al momento della formazione e conclusione del contratto formale. È solo così che l'elemento *de relato* può costituire una vera ed effettiva integrazione del testo contrattuale e porsi in questo modo sullo stesso piano di questo.

Ne consegue che la clausola di rinvio agli interessi d'uso su piazza può essere valida ed efficace solo se il rinvio sia univoco e consenta effettivamente di individuare il preciso ammontare degli interessi pattuiti.

Tali requisiti non si identificano nel rinvio agli usi, in quanto nessun uso normativo è riscontrabile in proposito, se non piuttosto la regola consuetudinaria negativa secondo la quale le banche non ricorrono mai ad un tasso d'interesse legale oppure specificamente determinato.

Il profilo dell'inammissibilità risiede, dunque, nell'imprecisione del riferimento extratestuale, particolarmente evidente nei bollettini della Banca d'Italia, nei quali non solo i tassi d'interessi riportati sono caratterizzati da continue oscillazioni, ma addirittura non contengono un'indicazione numerica precisa bensì sono compresi in una fascia di oscillazione all'interno della quale non è dato dedurre quale potrà essere il tasso al quale le parti si sono concretamente obbligate.

Di qui la mancanza totale di certezza del riferimento e con esso lo spazio di evidente discrezionalità utilizzato dalla banca che, in tal modo, sottopone *ad libitum* ciascun rapporto bancario al livello di onerosità unilateralmente determinato, e di qui la contrarietà al precetto dell'art. 1284 c.c. con conseguente inefficacia della pretesa della banca agli interessi ultralegali.

L'opinione sopra esposta si differenzia dal costante orientamento della Suprema Corte, che, per diverso tempo, ha ammesso la validità della clausola delle «condizioni d'uso su piazza», e ritiene che l'obbligo della forma scritta richiesta dall'art. 1284, 3° comma, c.c. per le convenzioni aventi ad oggetto la corrispondenza di interessi in misura superiore al tasso legale possa essere soddisfatto, secondo i principi generali sulla determinazione o determinabilità dell'oggetto del contratto, oltre che con l'indicazione in cifre del tasso d'interesse, anche mediante il richiamo operato dalle parti, per iscritto, a prestabiliti criteri o elementi estrinseci, obiettivamente e sicuramente individuabili, che consentano la concreta individuazione del tasso convenuto¹⁹⁸.

Da questo è stato dedotto che, nel documento sottoscritto dalle parti, non debba necessariamente figurare il tasso d'interesse in cifre, mentre è sufficiente che nel documento contrattuale le parti determinino *per relationem*, mediante il richiamo ad elementi estranei al documento stesso, il tasso d'interesse¹⁹⁹, venendo in questo modo a ritenere ammissibile la *relatio* nei negozi formali, argomento di cui, anche in passato, si è molto discusso²⁰⁰. Per questa via, in un contratto di conto corrente bancario possono figurare o le condizioni applicate dalle aziende di credito sulla piazza ovvero le clausole negoziali che di esse siano attuazione²⁰¹.

L'ammissione della validità della clausola in questione è operata dalla giurisprudenza anche sotto un profilo ulteriore rispetto all'individuazione dell'astratta «determinabilità», e cioè sotto il profilo della «conoscibilità» attraverso le pubblicazioni periodiche di bollettini di qualche istituto bancario, o di quotidiani del settore, che il correntista, o qualsiasi utente del servizio bancario, può liberamente consultare²⁰². Pertanto è stato ritenuto che «(...) il correntista, al momento della stipulazione del contratto è in grado di sapere, secondo la ordinaria

¹⁹⁸ Cfr. Cass., 20-6-1978, n. 3028 (*BBTC*, 1978, II, 416); Cass., 9-4-1983, n. 2521 (*GI*, 1984, I, 1, 1018); Cass., 14-2-1984, n. 1112 (*BBTC*, 1985, II, 313); Cass., 22-6-1985, n. 3760 (*GC*, 1986, I, 2529); Cass., 12-11-1987, n. 8335 (*MFI*, 1987); Cass., 3-12-1988, n. 6554 (*ivi*, 1988); Cass., 30-5-1989, n. 2644 (*BBTC*, 1991, II, 198; *GC*, 1989, I, 2034), con nota critica di COSTANZA, *Norme bancarie uniformi e derogabilità degli artt. 1283 e 1284 c.c.*; (*GI*, 1989, I, 1, 1692), con nota redazionale di CAVALLI.

¹⁹⁹ Cfr. Cass., 12-11-1987, n. 8335 (*MFI*, 1987).

²⁰⁰ Su questo punto si rinvia a INZITARI, *Limiti dell'ammissibilità della relatio nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali* (*GI*, 1984, I, 1, 1018); e FERRARI, *Condizioni d'uso su piazza* (*CeI*, 1990, 892-893, note 21, 22, 23), ove ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁰¹ Cfr. Cass., 30-5-1989, n. 2644 (*BBTC*, 1991, II, 198; *GC*, 1989, I, 2034). Di questo orientamento, fra le pronunce di merito, v. T. Milano, 11-1-1990 (*BBTC*, 1991, II, 199; *DB*, 1991, 148); T. Palermo, 27-6-1989 (*RGI*, 1990, *Interessi*, n. 22); T. Milano, 15-6-1989 (*BBTC*, 1991, II, 418); T. Verona, 3-6-1989 (*GI*, 1990, I, 2, 408); T. Milano, 25-5-1989 (*BBTC*, 1991, II, 423); T. Milano, 13-4-1989 (*GM*, 1989, 1095); A. Milano, 11-10-1988 (*BBTC*, 1990, II, 212); T. Milano, 25-6-1987 (*ivi*, 1990, II, 277) e T. Milano, 23-4-1988 (*ibidem*).

²⁰² In questo senso v. Cass., 9-4-1983, n. 2521 (*GI*, 1984, I, 1, 1018); T. Catania, 31-8-1987 (*BBTC*, 1989, II, 234).

diligenza, che gli interessi sono suscettivi di variazione nel tempo in relazione alle determinazioni del cartello interbancario ed è in grado, nel corso del rapporto, di verificare l'andamento degli stessi, adeguando di conseguenza il proprio comportamento»²⁰³.

In altre pronunce la Suprema Corte ha, inoltre, precisato che, il mancato richiamo dell'art. 1825 c.c. da parte dell'art. 1857 c.c. «(...) può comportare soltanto l'impossibilità di applicare automaticamente il tasso previsto dagli usi nell'ipotesi in cui il contratto relativo alle operazioni bancarie in conto corrente bancario non regoli la materia degli interessi, ma non può provocare l'invalidità della clausola contenente un rinvio contrattuale agli usi»²⁰⁴ per la determinazione della misura degli interessi ultralegali.

Le difficoltà argomentative sono emerse con maggiore evidenza nella giurisprudenza di merito, che, nel confermare l'opinione della Suprema Corte, ha sostenuto che quando si fa riferimento alle condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza «(...) non si verte in tema di uso, ma di previsioni contrattuali visto che il contratto di conto corrente bancario di cui si discute contempla sulle esposizioni creditorie del cliente la corresponsione di interessi ultralegali in misura variabile riferita ai tassi usualmente praticati dalle aziende di credito sulla piazza e che tale disciplina si applica al rapporto in oggetto in virtù del richiamo pattizio alle norme che regolano i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi che il correntista ha dichiarato di conoscere e di accettare come clausole contrattuali»²⁰⁵.

In senso diverso si è espressa una pronuncia di poco successiva del medesimo tribunale²⁰⁶, nella quale si ritiene debba «(...) essere valutato il fatto che la rilevazione periodica del tasso d'interesse applicato alla clientela non dà luogo alla costituzione di un vincolo negoziale a carico delle singole banche, perché la variabilità dei tassi di interesse considerati permette di ritenere che sia consentito ai singoli istituti (...) operare in regime di piena concorrenzialità, essendo discrezionale sia la valutazione della misura di affidamento da riservare al cliente, sia la determinazione di eventuali miglioramenti dei tassi rispetto a quelli praticati presso altre banche». Risultava, quindi, sempre più evidente che le condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza, lungi dal corrispondere ad una determinazione, pur *per relationem*, del tasso degli interessi ultralegali, per i quali la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*, mentre per alcuni finiscono per rappresentare un uso corrispondente ad un criterio certo, obiettivo e di agevole riscontro²⁰⁷, per altri costituiscono una previsione con-

²⁰³ Così Cass., 30-5-1989, n. 2644 (BBTC, 1991, II, 198; GC, 1989, I, 2034).

²⁰⁴ V. Cass., 9-4-1983, n. 2521 (GI, 1984, I, 1, 1018); Cass., 30-5-1989, n. 2644 (BBTC, 1991, II, 198; GC, 1989, I, 2034).

²⁰⁵ Cfr. T. Milano, 13-10-1988 (BBTC, 1990, II, 219).

²⁰⁶ Il riferimento è alla sentenza T. Milano, 25-5-1989 (BBTC, 1991, II, 423).

²⁰⁷ Fra le numerose pronunce in questo senso v. Cass., 12-11-1987, n. 8335 (MFI, 1987).

trattuale intesa fra l'istituto bancario ed ogni singolo correntista²⁰⁸ e per altri ancora un elemento determinabile unilateralmente dalle banche legittimate ad operare in regime di libera concorrenza²⁰⁹.

Qualora si intendessero superate le problematiche sopra esposte, l'indagine in ordine al reale significato delle condizioni praticate dalle aziende di credito sulla piazza²¹⁰ non garantisce risultati migliori rispetto ai precedenti. Infatti nella prassi non si è riusciti nell'intento di identificare un unico possibile parametro per la determinazione del tasso d'uso, senza il quale si verifica in concreto l'indeterminabilità dello stesso in contrasto con la legge, che impone almeno determinabilità, se non determinatezza, dell'oggetto del contratto (art. 1346 c.c.). In diverse pronunce si è fatto rispettivamente riferimento, per determinare il tasso d'uso, alle fluttuazioni del costo del denaro²¹¹; ovvero alle variazioni del tasso di sconto cui gli istituti bancari si uniformano con scarso margine di discrezionalità²¹²; al tasso bancario di *prime rate*²¹³; oppure all'esclusione assoluta del *prime rate* che, esprimendo per definizione il tasso preferenziale riconosciuto alla migliore clientela, esclude la possibilità di ricoprire la funzione di quello usualmente praticato²¹⁴; o ancora alla indicazione dei tassi forniti dall'ABI a tutte le aziende di credito²¹⁵. Appare, quindi, assai arduo se non improponibile individuare in un'espressione dai molteplici significati un criterio «certo, obiettivo e di agevole riscontro» cui fare riferimento per la determinazione dell'oggetto di un negozio formale.

A fianco di questo orientamento giurisprudenziale così differenziato, ma uniforme nel sostenere la validità delle «condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza», è stato anche osservato²¹⁶ che la fissazione di un tasso d'interesse in cifre comporterebbe un grave svantaggio per gli istituti di credito in considerazione dell'usuale consistente durata del contratto e quindi

²⁰⁸ Cfr. T. Milano, 13-10-1988 (*BBTC*, 1990, II, 218).

²⁰⁹ Cfr. T. Milano, 25-5-1989 (*BBTC*, 1991, II, 423).

²¹⁰ Su questa tematica si è espresso SINESIO, *La disciplina degli interessi negoziali* (*NNGC*, 1986, II, 88); ID., *Interessi pecuniari fra autonomia e controlli*, Milano, 1989, 219-228.

²¹¹ V. Cass., 20-6-1978, n. 3028 (*BBTC*, 1978, II, 416).

²¹² V. T. Firenze, 18-3-1978 (*BBTC*, 1979, II, 101); T. Milano, 25-5-1989 (*ivi*, 1991, II, 423): «(...) poiché la disciplina del tasso di sconto risponde ad esigenze pubblicistiche (...), l'adeguamento della determinazione dei tassi praticati alla clientela al tasso ufficiale di sconto non opera in sé una distorsione della libera concorrenza (...); Cass., 30-5-1989, n. 2644 (*BBTC*, 1991, II, 198; *GC*, 1989, I, 2034).

²¹³ V. T. Napoli, 21-3-1986 (*GC*, 1987, I, 1294).

²¹⁴ V. T. Milano, 22-5-1986 (*BBTC*, 1987, II, 643).

²¹⁵ V. T. Milano, 13-10-1988, (*BBTC*, 1990, II, 219); T. Milano, 11-1-1990 (*BBTC*, 1991, II, 199; *DB*, 1991, 148), secondo cui la validità della clausola interessi d'uso su piazza è evidente «(...) posto che i tassi attivi e passivi che gli istituti di credito sono tenuti a praticare vengono fissati su scala nazionale con accordi di cartello (...)).

²¹⁶ Così FOGLIA, *Alcuni rilievi sui saggi d'interesse nei conti correnti bancari* (*BBTC*, 1983, II, 187).

dell'inevitabile incidenza delle modificazioni del mercato dei capitali nel medio e lungo periodo²¹⁷.

L'orientamento costante della Cassazione, come sopra descritto, ha subito, con il tempo, profonde revisioni da parte di alcuni giudici di merito²¹⁸ che hanno in buona parte fatto propria un'interpretazione proposta e sostenuta anche da certa parte della dottrina²¹⁹.

Una delle prime pronunce, che si è allontanata dall'opinione costantemente ribadita dalla Suprema Corte²²⁰, ha correttamente osservato che «(...) non esiste alcuna documentazione ufficiale su detti usi e, per di più, non risulta che le banche praticino tassi d'interesse uguali; pertanto la loro determinazione, nel caso in esame, a mezzo del richiamo suddetto, è impossibile». In considerazione di questi presupposti, risulta evidente l'inosservanza della prescrizione della forma scritta *ad substantiam* per la determinazione degli interessi in misura ultralegale allorquando, attraverso una clausola, riferentesi ad usi bancari nella prassi inesistenti, come quella delle «condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza», si intenda determinare l'oggetto del negozio formale.

In seguito la medesima opinione, che ormai era stata enunciata chiaramente anche dalla dottrina²²¹, è stata ripresa da una pronuncia romana²²²: in quella se-

²¹⁷ Condividono l'opinione sopra esposta MOLLE, *Gli interessi nelle operazioni bancarie in conto corrente* (BBTC, 1978, II, 62); BRONZINI, *Regola di comune esperienza per determinare i tassi bancari* (ivi, 1979, II, 101); MACCARONE, *Le operazioni bancarie in conto corrente* (GB, 1984-1985, 100); SANTOSUOSSO, *Clausole determinative degli interessi nei contratti di conto corrente bancario* (GC, 1988, I, 538); da ultimo PORZIO, *L'accordo interbancario sulla trasparenza* (DB, 1990, I, 381 ss.); v. pure in senso elastico PALISI, *Clausola di «interessi uso piazza» e orientamenti della giurisprudenza* (ivi, 1991, I, 148). Sul problema analogo della disciplina degli interessi ultralegali, pur senza affrontare direttamente il discorso sulle condizioni di uso su piazza, v. A. Milano, 7-10-1988 (BBTC, 1990, II, 345), con nota favorevole di CAMARDI.

²¹⁸ Cfr. T. Milano, 20-5-1991 (DB, 1991, I, 223); A. Milano, 15-12-1989 (BBTC, 1991, II, 198); T. Macerata, 17-8-1989 (DB, 1991, I, 148; BBTC, 1991, II, 679); T. Genova, 9-5-1989 (NNGC, 1990, I, 62).

²¹⁹ Cfr. INZITARI, *Limiti dell'ammissibilità della relatio nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali*, cit., 1017; TARTAGLIA, *La relatio nella pattuizione degli interessi in misura ultralegale* (RGSarda, 1987, 660); ID., *La forma del patto di interessi in misura ultralegale*, in AA.VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 785; NIGRO, *Interessi ultralegali e «condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza»* (DB, 1988, I, 528); COSTANZA, *Norme bancarie uniformi e derogabilità degli artt. 1283 e 1284 c.c.* (GC, 1989, I, 2037); SINESIO, *Interessi pecuniari*, cit., 229; FERRARI, *op. cit.*, 886; DE DOMINICIS, *Determinazione e determinabilità delle norme bancarie uniformi* (B, 1990, 3, 53); OLIVIERI, *«Usi della piazza» e tassi d'interesse nel c/c bancario* (BBTC, 1991, II, 212).

²²⁰ Ci riferiamo ad A. Napoli, 10-3-1982 (BBTC, 1983, II, 187); ha poi ripreso la medesima motivazione la pronuncia solo massimata del T. Roma, 15-5-1989 (Fa, 1989, 1279).

²²¹ Il riferimento è al già citato scritto di INZITARI, *Limiti dell'ammissibilità della relatio nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali*, cit., 1018.

²²² Si tratta di T. Roma, 22-6-1987 [DB, 1988, I, 522 e, con diversa data (5-3-1987) GC, 1988, I, 534 ss.].

de il giudice istruttore della causa trattata aveva chiesto informazioni, *ex art.* 213 c.p.c., alla Banca d'Italia in relazione ai tassi attivi applicati dagli istituti di credito sugli scoperti di conto corrente in un certo periodo di tempo, con riferimento ad una certa zona geografica, e tenendo in debita considerazione le condizioni soggettive dei clienti, affinché la Banca d'Italia indicasse analiticamente i valori riscontrati e le loro frequenze. La risposta della Banca d'Italia a tale richiesta fu la trasmissione di alcune tabelle desunte dal bollettino statistico del suo servizio studi, relative ai tassi medi del periodo di pubblicazione del proprio bollettino. Risulta evidente a questo punto come la richiesta del giudice istruttore fosse rimasta insoddisfatta in quanto i tassi medi non identificano assolutamente i tassi più frequentemente applicati. La pronuncia ha concluso con l'affermazione che «è evidente che non esiste affatto un tasso d'uso (e non medio) rilevabile *ex post*, ma solo una fascia di tassi, compresi probabilmente tra il *prime rate* ed il *top rate*, nella quale gli istituti di credito si muovono con assoluta discrezionalità».

In seguito nuovamente una Corte di merito²²³ ha posto in evidenza che, pur ammissibile la *relatio* nei negozi formali, «il carattere formale della pattuizione di interessi ultralegali potrebbe ritenersi soddisfatto con il richiamo agli usi bancari solo se vi fosse la prova che essi per la loro costante ed univoca applicazione consentono la preventiva esatta determinazione del contenuto del regolamento negoziale; è invece nozione comune, esplicitamente ammessa dalla banca opponente che i tassi applicati sono variabili in relazione a logiche di mercato, le quali comportano diversità di comportamento tra i diversi istituti di credito ed in relazione alle qualità soggettive dei debitori»; perciò semplice ed inevitabile risulta la conclusione nel senso che non esiste un uso bancario idoneo ad integrare validamente la clausola di pattuizione degli interessi in misura ultralegale. In altri termini si può affermare²²⁴ che, pur ammettendo la possibilità di porre in essere il rinvio ad un «uso», considerandone perciò l'esistenza, il rinvio alle condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza non produrrebbe nessun effetto poiché «(...) il contratto non determina direttamente il tasso extralegale, indicando univocamente per iscritto gli elementi di diretta quantificazione del tasso, ma rimette la determinazione del tasso ai fattori di mercato interni ed internazionali ed alle decisioni unilaterali prese monopolisticamente dal cartello bancario». Naturale conseguenza pare l'impossibilità di individuare un tasso d'uso, meglio un «uso su piazza» tale da determinare, con un certo margine di certezza ed obiettività, il tasso degli interessi ultralegali applicato nelle singole fattispecie sottoposte all'esame giurisprudenziale. Sarebbe forse possibile «riscontrare una costante consuetudinaria di ordine negativo – consistente nel non ricorrere mai al saggio legale nella determinazione degli interessi – ma sicuramente (essa) non permette di individuare in termini positivi

²²³ Testualmente T. Genova, 9-5-1989 (*BBTC*, 1991, II, 202).

²²⁴ Cfr. T. Roma, 5-3-1987 (*GC*, 1988, I, 535).

l'esistenza di un preciso tasso di interesse consuetudinariamente praticato»²²⁵.

Inoltre il rinvio alle «condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza» risulta oggettivamente poco certo ed intrinsecamente inidoneo a soddisfare la *ratio* dell'art. 1284, 3° comma, che richiede la forma scritta *ad substantiam* in deroga al principio generale di libertà delle forme, consentendo alla parte che si obbliga in sede contrattuale di essere il più possibile consapevole dell'onerosità cui va incontro²²⁶. Così la giurisprudenza di merito²²⁷ ha opportunamente dichiarato necessaria la forma scritta per la validità di un accordo, intervenuto fra un istituto di credito ed una propria cliente, modificativo del tasso d'interesse prestabilito con atto notarile nel momento in cui fu concesso il finanziamento. La Corte tende a verificare «(...) se effettivamente tra le parti intercorse un esplicito accordo modificativo del tasso d'interessi, convenuto con l'atto notarile (...) nella misura del 10% in relazione sia al finanziamento sia allo scoperto di conto corrente, così come sostiene la Banca popolare. Sennonché non è dato rinvenire agli atti di causa l'esistenza di un tale accordo, né è stato possibile verificare il contenuto degli allegati al finanziamento che, secondo la tesi della convenuta, contenevano una clausola di adeguamento del tasso convenuto al tasso ufficiale di sconto praticato su scala nazionale dagli istituti di credito, perché la convenuta non ha mai esibito i predetti allegati».

Un altro caso²²⁸ conferma quanto esposto circa l'assoluta incertezza della clausola di determinazione degli interessi ultralegali contenuta nelle NUB (art. 7). In causa vi è una società che propone opposizione ad un decreto ingiuntivo presentato da un istituto di credito per ottenere il pagamento degli interessi ultralegali «determinati» tramite la clausola in discussione. L'opposto, in sede contenziosa, produce infatti il contratto standard di conto corrente, sottoscritto dal cliente, ora eseguito, contenente la ormai famosa clausola, con la pretesa di farla valere in giudizio. Nessun dubbio circa l'ammissibilità di una determinazione *per relationem* della misura ultralegale degli interessi, purché il rinvio esterno permetta con sufficiente certezza ed oggettività di conoscere, nel momento della stipulazione del contratto, il tasso di interesse che la banca applicherà. Il vero problema sta perciò nel valutare il grado di certezza ed oggettività delle condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza. Il riferimento al *prime rate* è inaccettabile, poiché esso rappresenta il tasso minimo che ogni istituto bancario applica soltanto alla propria migliore clientela, mentre

²²⁵ Così A. Milano, 15-12-1989 (*BBTC*, 1991, II, 206).

²²⁶ Conforme Cass., 21-12-1987, n. 9518 (*RFI*, 1987, *Interessi*, n. 7): nella specie la Corte Suprema ha cassato la decisione dei giudici del merito che avevano ritenuto sufficiente l'espressione «tasso bancario» adoperato nelle pattuizioni fra le parti senza considerare che la sua genericità, in quanto riferibile sia agli interessi attivi che passivi, non consentiva la concreta individuazione e determinabilità del tasso d'interesse attivo pattuito.

²²⁷ V. T. Napoli, 27-2-1987 (*BBTC*, 1989, II, 385).

²²⁸ Ci riferiamo a T. Macerata, 17-8-1989 (*DB*, 1991, I, 149).

le banche nella prassi sono libere di applicare saggi d'interesse alternativi; «(...) d'altra parte che non operi un parametro unico ed obiettivo su tutto il territorio nazionale, non modificabile dalla attività negoziale del singolo istituto, sembra confermato dalla clausola stessa che, facendo riferimento alle condizioni praticate usualmente sulla piazza, dà per scontato che possano sussistere differenziazioni tra "piazza" e "piazza"»²²⁹. In conclusione la medesima Corte rileva che gli oppositori hanno fornito la prova dell'inesistenza di un tasso d'uso producendo in giudizio un consistente numero di ingiunzioni, prese nello stesso periodo di quello per cui è causa, in cui sulla «piazza» non risultano tassi applicati abitualmente; «infatti ogni decreto ingiuntivo, pur essendo tutti stati richiesti da aziende di credito operanti sulla piazza, reca un diverso tasso debitore per le operazioni in conto corrente: con una gamma dal 13,50% al 22,25%».

Risulta evidentemente dimostrata l'inidoneità della clausola in questione a soddisfare quel rigido limite formalistico imposto dalla legge per la determinazione degli interessi in misura ultralegale (cfr. art. 1284, 3° comma, c.c.), oltre a destare insidiosi dubbi circa la determinabilità dell'oggetto del contratto di conto corrente bancario che, pur atipico, sempre deve sottostare alla disciplina generale dei contratti (nella specie ci riferiamo all'art. 1346 c.c.).

Non è rimasta senza un'acuta e puntuale censura neppure l'argomentazione tesa a sanare l'invalidità della clausola attraverso l'invio dell'estratto conto al correntista in cui risulti comunicato, a posteriori, il tasso d'interesse applicato.

Infatti la forma scritta richiesta dalla legge in relazione alla determinazione della misura degli interessi ultralegali è costitutiva del rapporto obbligatorio; il che significa che senza quella formalità esso non può esistere, poiché la struttura minima del negozio non è completa e neppure una comunicazione successiva della banca non contestata dal debitore, ovvero un personale riconoscimento *ex post*, possono ritenersi aventi rilevanza giuridica²³⁰. Si è inoltre osservato che la pubblicazione del tasso d'interesse su bollettini interni d'istituto ovvero su quotidiani di settore, lungi dall'essere un modo di determinazione degli interessi ultralegali in rispetto di un meccanismo negoziale ed in osservanza delle formalità richieste dalla legge, è soltanto «(...) un opportuno strumento per assicurare la necessaria pubblicità ad i tassi d'interesse determinati dal cartello bancario (...)»²³¹.

Nella stessa sede²³² si è pure constatata la concreta incapacità della banca (convenuta) a dimostrare «un preciso e ben determinato tasso d'interesse usualmente praticato dagli istituti di credito milanesi nel periodo in questione»; come di consueto i bollettini della banca pubblicano un tasso d'interesse generalizzato posto in una «banda di oscillazione (compresa tra minimo, normale e *prime ra-*

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ V. T. Genova, 9-5-1989 (*BBTC*, 1991, II, 203).

²³¹ V. A. Milano, 15-12-1989 (*BBTC*, 1991, II, 206).

²³² *Ibidem*.

te) la cui ampiezza talvolta sfiora i cinque punti di percentuale»; perciò non vale sostenere che il tasso d'interessi riflettente dalla clausola «uso-piazza» si identifica con quello menzionato nei suddetti bollettini come «normale», poiché né pare costante il riferimento alla dizione normale, né «esiste alcuna seria possibilità di stabilire un'univoca relazione di significato tra il riferimento alle condizioni usualmente praticate su piazza, espresso nella clausola contrattuale, ed i tassi d'interesse così detti normali figuranti sui menzionati bollettini. Al contrario, è evidente che tutte le categorie di interesse riportate su detti bollettini rispondono, in qualche misura, ad un certo grado di standardizzazione (e potrebbero perciò, a pari titolo, essere definiti usuali); solo che questa standardizzazione viene operata dopo aver diviso il mercato in tre categorie, corrispondenti alla diversa presunta solvibilità dei clienti, ed è riferita separatamente a ciascuna categoria (tasso praticato ai migliori clienti, ai clienti normali, ecc.)».

Pur conservando seri dubbi in merito, la medesima Corte conclude che «l'enunciato della clausola contrattuale potrebbe (allora) risultare sufficientemente specifico – forse – se il riferimento fosse fatto alle condizioni d'interesse usualmente praticate nei confronti dei clienti “normali”, oppure di quelli che beneficiano del *prime rate*, e così via (...)».

In estrema sintesi le critiche giurisprudenziali afferenti all'orientamento maggioritario possono ridursi a tre: a) la prima e più diffusa si identifica nella dimostrazione dell'inesistenza di un tasso d'uso²³³; b) la seconda, pur ammettendo in astratto la possibilità della determinazione di un tasso d'uso per gli interessi ultralegali, osserva che tale tecnica non corrisponde a quella praticata dagli istituti di credito, i quali aderiscono ad una prassi di rinvio influenzata da fattori esterni di mercato e da decisioni unilaterali²³⁴; c) la terza esclude la possibilità di rinvenire, nell'invio dell'estratto conto contenente i tassi realmente applicati, un'efficacia sanatoria della inosservanza del precetto relativo alla forma richiesta, che rappresenta un elemento costitutivo e perfezionativo del negozio stesso²³⁵.

L'evoluzione dei nuovi orientamenti giurisprudenziali appare strettamente collegata a quella della dottrina in materia, parte della quale²³⁶ ha evidenziato che la clausola delle «condizioni uso piazza», da utilizzarsi per la determinazione dell'oggetto di un negozio formale, costituisce una tecnica improponibile di «doppia *relatio*», assolutamente inidonea a soddisfare le esigenze di certezza ed obiettività richieste almeno per gli elementi essenziali del contratto, secondo la tendenza meno rigida volta ad ammettere forme di *relatio* anche nei negozi

²³³ Cfr. fra le altre T. Roma, 22-6-1987 (DB, 1988, I, 522).

²³⁴ Cfr. T. Genova, 9-5-1989 (BBTC, 1991, II, 202); A. Milano, 15-12-1989 (*ivi*, 1991, II, 206).

²³⁵ Cfr. T. Genova, 9-5-1989 (BBTC, 1991, II, 202).

²³⁶ Cfr. INZITARI, *Limiti dell'ammissibilità della relatio nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali*, cit., 1018.

formali. Infatti, il duplice rinvio dall'uso alle NUB, e da queste alle condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito «(...) rischia di risolversi in una tautologia e di far apparire indeterminabile l'obbligazione di interessi che fa carico al cliente affidato ovvero alla banca depositaria»²³⁷.

Altra parte della dottrina²³⁸, pur convenendo circa la soluzione finale proposta di invalidità della clausola in esame, ritiene valido il meccanismo di *relatio*, ovvero di «doppia *relatio*», per la determinazione dell'oggetto di un negozio formale, purché il rinvio sia operato ad un parametro individuato o individuabile. In realtà tale situazione non si rispecchia nelle condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza: infatti mentre in passato esse erano legate agli accordi interbancari, ora, dal tempo in cui si è sciolto il cartello interbancario, si è vanificata la rilevanza di tale meccanismo poiché l'Abi fornisce «rilevazioni e raccomandazioni» valide ad ingenerare soltanto una «pratica concordata»²³⁹.

Parte della dottrina²⁴⁰ si è interrogata sulla compatibilità della clausola in esame con l'art. 1284 c.c., che richiede la determinazione scritta del saggio di interessi ultralegali, tenendo, forse, ad escludere la determinabilità, e quindi un'eventuale determinazione *per relationem*, per imporre la determinatezza dell'oggetto del contratto formale prescritto per gli interessi ultralegali. Si è ricordato a questo proposito che «(...) esistono due tecniche di determinabilità: una più puntuale, “forte”, secondo cui vengono fissati criteri di determinazione di tipo matematico (...); e una “debole”, nella quale sono previsti i procedimenti necessari per pervenire al risultato della determinazione di un elemento, nel nostro caso il tasso». Qualunque delle due tecniche s'intenda adottare, e ammettendo pure la possibilità di un riferimento alla semplice determinabilità del tasso degli interessi ultralegali, non risulta comunque operabile il rinvio agli usi praticati sulla piazza, poiché «(...) ormai esiste un'effettiva concorrenza fra le banche sulla medesima piazza, con riguardo ai tassi. Sulla piazza quindi esistono tassi diversi per non parlare del fatto che esiste un *top rate*, un *prime rate*, una serie teoricamente illimitata di tassi intermedi».

Altra parte della dottrina ha individuato la prassi di determinazione degli interessi ultralegali nelle indicazioni fornite dall'ABI della Commissione delle

²³⁷ Così TARZIA, *Gli usi di banca nella raccolta camerale milanese (BBTC, 1990, I, 117-118)*. A questo proposito pare corretto ricordare la riflessione del Tribunale di Genova, circa l'assenza di una pronuncia della Suprema Corte sulla validità tecnica della *relatio* come strumento idoneo alla determinazione degli interessi ultralegali, già citata in senso più ampio da FERRARI, *op. cit.*, 894.

²³⁸ Così NIGRO, *Interessi ultralegali e «condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza»*, cit., 528.

²³⁹ In questo senso v. MACCARONE, *Disciplina della concorrenza, norme comunitarie e accordi interbancari in Italia*, in *La concorrenza bancaria*, a cura di Ubertazzi, Milano, 1986, 324.

²⁴⁰ Cfr. BUSSOLETTI, *Norme e progetti di legge in tema di parità di trattamento e trasparenza nelle operazioni bancarie (DB, 1989, I, 229 ss.)*.

Comunità europee nel corso della procedura a norma dell'art. 85, Trattato CEE²⁴¹. In quella occasione l'associazione aveva ricostruito la situazione del mercato economico nel senso che «(...) 1) per quanto riguarda i tassi attivi, a decorrere dal 1970 le banche non sono state più vincolate dagli accordi del cartello interbancario; 2) dal 1° maggio 1975 il comitato esecutivo dell'ABI provvede a dichiarare il *prime rate*. Tuttavia tale indicazione non vincola le banche, che mantengono la facoltà di scaglionare il livello dei loro tassi; 3) dal febbraio 1983 il carattere indicativo del *prime rate* ed anche del *top rate* (ossia il tasso massimo sui fidi praticati alla clientela) è stato formalmente confermato: la determinazione dei tassi attivi è competenza delle banche e l'ABI si limita a dare le indicazioni statistiche sul *prime rate* medio nel sistema bancario». Nella stessa sede si è inoltre osservato che «(...) l'art. 7 NUB, (contenente la clausola in esame) lungi dal fornire un parametro di riferimento oggettivo e predeterminabile, è stato piuttosto inteso e adoperato come una sorta di clausola in bianco da riempire, talora con "nozioni di comune esperienza" attinte alla cultura economica del giudicante, tal altra attribuendo valenza generale a comportamenti particolari nella convinzione – allo stato del tutto infondata – che questi ultimi siano rigidamente predeterminati e rispondano ad obiettive esigenze di mercato».

È stato inoltre osservato²⁴² che non esiste in realtà tasso d'uso cui riferire il rinvio operato attraverso la *relatio* in presenza della clausola in esame, poiché «le condizioni uso piazza» non incorporano i requisiti tipici dell'uso o consuetudine così come richiesti dalla legge. Infatti tali condizioni, né coincidono con un comportamento generalmente ed uniformemente ripetuto, né risultano dotate di «spontaneità», quale caratteristica tipica dell'uso tale per cui, in quelle fattispecie, si osserva spontaneamente un certo comportamento, convinti della sua genericità e doverosità (*opinio iuris ac necessitatis*). Al contrario, le aziende di credito applicano tassi d'interesse variabili e transitori secondo logiche di mercato e obbligano la clientela, che voglia valersi dei servizi che gli stessi istituti sono in grado di fornire, ad aderire a contratti formulati secondo condizioni generali e clausole vessatorie stabilite unilateralmente²⁴³.

Si è correttamente osservato che l'informazione del cliente di un istituto bancario deve essere garantita non solo nella fase di formazione del contratto bancario, ma in tutta la fase di esecuzione del medesimo; «con la conseguenza, allora, che anche in materia di tassi potrebbe (e quindi, nel caso, dovrebbe) venire alla luce il tema della soggezione della banca al principio fondamentale

²⁴¹ La decisione della pubblicazione è in *BBTC*, 1988, II, 190; per osservazioni sul punto v. OLIVIERI, *op. cit.*, 214.

²⁴² Cfr. FERRARI, *op. cit.*, 899, ed ivi ulteriori riferimenti anche bibliografici.

²⁴³ Sulle condizioni generali dei contratti bancari ed in particolare sulla clausola interessi dell'uso su piazza, cfr. PORTALE-DOLMETTA, *Recenti sviluppi del diritto bancario italiano* (VN, 1991, 408-411); per riferimenti bibliografici v. MACCARONE, *Le operazioni bancarie in conto corrente* (*Giur. banc.*, 1984-1985, 104-105).

di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del contratto»²⁴⁴.

Pertanto, a nostro parere, la clausola condizioni «uso su piazza», così come applicata dagli istituti di credito, si rivela insufficiente a garantire il diritto di informazione del cliente per la mancanza di univocità dei parametri cui fa riferimento tramite la *relatio*²⁴⁵.

L'opinione qui espressa è poi stata definitivamente accolta dal legislatore che ha sancito la nullità delle clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interessi, come attualmente previsto dall'art. 117 t.u. l. banc.

20. L'anatocismo. Il fenomeno in generale.

Un ulteriore aspetto di notevole rilievo nella disciplina degli interessi è rappresentato dalla particolare regola, rinvenibile, in sostanza, presso tutti gli ordinamenti giuridici, in relazione alla possibilità che gli interessi scaduti possano produrre altri interessi. La fattispecie che il nostro legislatore, attraverso una terminologia ricca di riferimenti filologici classici, indica con il termine «anatocismo» (dal greco “tokos”, interessi; “ana”, di nuovo; “tomismo”, usura) (art. 1283) è quello descritto con indubbia semplicità ed incisività dal legislatore del

²⁴⁴ V. PORTALE-DOLMETTA, *op. cit.*, alla nota prec., 411; a proposito dell'opinione qui espressa, è bene rilevare che gli Autori fanno riferimento al recente orientamento della Cassazione, assunto dal 1989 in tema di fideiussione *omnibus*, che sostiene che tali clausole «(...) non valgono ad esonerare la banca dal rispetto del principio di correttezza e di buona fede, e, in particolare, dall'osservanza dei doveri che di questo principio sono espressione: sia di quello di lealtà (specialmente comportamenti di avviso e di informazione dell'altro contraente), sia e soprattutto di quello di salvaguardia (ciascun contraente deve comportarsi, nell'ambito dei poteri discrezionali che gli derivano dagli accordi, in modo da tutelare l'utilità della controparte compatibilmente con il proprio interesse e con l'interesse per il quale i poteri stessi gli sono stati conferiti)».

²⁴⁵ L'opinione critica nei confronti della clausola «uso-piazza» è stata di recente ripresa anche dal legislatore, che, nella legge per l'intervento nel Mezzogiorno (l. 1-3-1986, n. 64, art. 8), ha stabilito l'obbligo per le banche e gli istituti di credito di praticare «tassi e condizioni uniformi, assicurando integrale parità di trattamento nei confronti dei clienti della stessa azienda o istituto a parità di condizioni soggettive dei clienti, ma esclusa in ogni caso la rilevanza della loro località di insediamento (...)». La *ratio* della norma pare suggerire che eventuali disparità di trattamento fra clienti della medesima azienda bancaria non possono dipendere, anche per ragioni di equità, dal fatto che una certa operazione finanziaria è compiuta su una certa piazza piuttosto che un'altra. Secondo una diversa interpretazione, le diversità di trattamento sono ricollegabili a giustificazioni oggettive di elementi di rischio che, secondo le operazioni, si presentano all'azienda di credito. Sul punto v. NIGRO, *Operazioni bancarie e parità di trattamento* (DB, 1987, I, 3 ss.); cfr. di recente RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti (BBTC, 1990, I, 299), ove l'Autore sostiene che la legge sul Mezzogiorno «(...) vuole solamente impedire le discriminazioni legate al territorio, che si risolvevano in più pesanti condizioni della concessione di credito nelle regioni meridionali».

1865, quale decorrenza «degli interessi degli interessi» (art. 1232, 2° comma, c.c. del 1865). Se in un lontano passato l'attenzione dei legislatori era unicamente diretta ad escluderne *in toto* l'operatività mediante la proibizione dell'anatocismo, quale logico corollario del divieto ecclesiastico dell'usura²⁴⁶, nelle legislazioni contemporanee (ricomprendendovi anche quelle dell'Ottocento) la disciplina dell'anatocismo è piuttosto finalizzata a regolarne i limiti ed i presupposti nell'intento, evidentemente, di volerne condizionare l'applicazione nel rispetto di specifiche garanzie per il debitore.

Il fenomeno è quello della capitalizzazione degli interessi maturati, dell'assimilazione della somma da questi rappresentata con quella del capitale e quindi dell'ulteriore successiva produzione di interessi dalla somma di danaro complessivamente considerata (capitale iniziale più incrementi successivi). In realtà, una volta ammessa la producibilità di interessi da parte del capitale monetario, non si vede come si possa distinguere, da un punto di vista economico, la produzione di interessi anche per quella parte di capitale che definiamo giuridicamente come interessi già maturati. Una piena applicazione a questi dell'art. 1282 non potrebbe che comportare la produzione di pieno diritto degli interessi, che, una volta già maturati, altro non sono che una somma di danaro liquida ed esigibile²⁴⁷.

Il problema appariva già del tutto chiaro, del resto, al legislatore del 1865 che, disciplinando la materia, affermava: «non può impedirsi che gli interessi, quando siano scaduti, vengano, mediante apposita convenzione, restituiti in capitale per far decorrere gli interessi sopra i medesimi. Se il debitore li pagasse, il creditore potrebbe impiegare la relativa somma ad interesse presso un terzo: perché si dovrà vietare che ciò si faccia lasciandoli a mano dello stesso debitore? Questi, inoltre, può non trovarsi in grado di pagare gli interessi dovuti senza ricorrere ad un prestito, sottoponendosi al pagamento di altri interessi: perché non dovrà ritenere quelli dovuti come nuovo prestito invece di ricercare un terzo che abbia a mutarglieli? Si teme che il debitore aumenti per tal modo eccessivamente il suo debito verso il creditore: ma la sua situazione non cambia punto, se aumenta il suo passivo obbligandosi verso un altro»²⁴⁸.

Siffatte argomentazioni rivelano una piena consapevolezza nell'assimilazione degli interessi maturati alle somme costituite in capitale. La piena fungibilità

²⁴⁶ Cfr. per più ampie informazioni di carattere storico sull'anatocismo FEDELE, *Appunti in tema di anatocismo giudiziale* (RDCo, 1952, I, 32 ss.); MONTEL, «Anatocismo», in *NN.D.I.*, I, Torino, 1957, 613.

²⁴⁷ Il principio della decorrenza degli interessi sul capitale non può, infatti, che comportare la decorrenza degli interessi sugli interessi scaduti che rappresentano somme di danaro suscettibili di impiego fruttifero. Si parla, a questo proposito, di capitalizzazione degli interessi (interesse capitalizzato) con la conseguenza, di estrema rilevanza, che gli interessi capitalizzati divengono produttivi di altri interessi: cfr. le voci *Interesse capitalizzato* e *Interesse composto*, in AA.VV., *Dizionario di banca e di borsa*, II, 859.

²⁴⁸ Cfr. GIANZANA ET AL., *op. cit.*, n. 147, 90.

del danaro (sulla quale ci siamo più volte soffermati) impedisce, infatti, almeno sotto il profilo strettamente economico, di operare una distinzione tra somme di danaro prodotte quali interessi maturati e somme di danaro costituite come capitale. La completa omogeneità economica della loro natura le assimila nella «forma» di capitale suscettibile, appunto, di produrre interessi. Gli sforzi della tradizione legislativa diretta alla regolamentazione dell'anatocismo sono, quindi, da spiegare in un'altra direzione, quella della tutela della posizione del debitore di danaro, sia sotto l'influsso dell'ideologia del *favor debitoris* (tipico della tradizione francese)²⁴⁹, sia quale ultima residua forma di garantismo della tradizione canonistica in tema di usura.

L'ordinanza francese del 1673 sul commercio²⁵⁰, manifestando ancora avversione verso l'anatocismo, vietò nella lettera di cambio la capitalizzazione degli interessi. Ancora nei lavori preparatori al codice francese emergono orientamenti diretti a confermare la proibizione dell'anatocismo (art. 61, Disegni di legge della Commissione dell'anno VIII), successivamente superati in sede di rielaborazione del Consiglio di Stato, ove proprio l'argomentazione della natura di nuovo capitale degli interessi scaduti convinse alla rimozione del divieto assoluto dell'anatocismo²⁵¹. La proclamazione di legittimità dell'anatocismo nel codice napoleonico fu, d'altro canto, accompagnata da rigorose limitazioni e garanzie a favore dei debitori. L'art. 1154 consentiva, infatti, la possibilità di riconoscere la produttività di interessi da parte di interessi già scaduti, solo allorché questi fossero già scaduti da almeno un anno e fossero stati richiesti attraverso domanda giudiziale o apposito patto tra creditore e debitore.

Il codice italiano del 1865, non allontanandosi molto dall'impostazione francese, venne meglio a sviluppare la disciplina in materia, da un lato, richiedendo che la convenzione relativa alla produzione di interessi sugli interessi scaduti fosse successiva alla scadenza di questa, e dall'altro – aspetto assai importante che diventerà, poi, caratteristico dello sviluppo successivo della legislazione italiana e straniera su questo punto – esentando il settore dei rapporti commerciali, ed in particolare quello dell'attività bancaria, dall'osservanza di questi limiti al-

²⁴⁹ Questa tradizione è autorevolmente e chiaramente rappresentata dai giuristi francesi, anticipatori della codificazione napoleonica: v., particolarmente proprio in relazione all'anatocismo, POTHIER, *Traité des obligations*, in ID., *Oeuvres de Pothier*, III, Paris, 1848, 450, n. 38; ed anche DOMAT, *Le leggi civili*, II, 94: «il debitore a titolo di mutuo non è mai obbligato a pagare l'interesse degli interessi, che è in mora di pagare».

²⁵⁰ Cfr. sul punto GALGANO, *Storia del diritto commerciale*², cit., 56 ss.

²⁵¹ Particolarmente significative sono, a questo proposito, le parole del consigliere Treilhard: «dans tous les cas où les intérêts étaient dus légalement ou avaient pu être légalement stipulés, un créancier qui formait sa demande en condamnation d'intérêts échus pouvait conclure aux intérêts de la somme à laquelle ils montaient, et les tribunaux avaient égard à sa demande; les intérêts échus formaient, dans ce cas, un capital qui pouvait produire lui-même des intérêts» (in LOCRE, *Législation civile*, VI, 84); ed altri riferimenti riportati da FEDELE, *Appunti in tema di anatocismo giudiziale*, cit., 33.

l'applicazione dell'anatocismo²⁵². Il codice del 1942 è venuto ancor più a semplificare la disciplina di questa fattispecie, confermando le limitazioni consistenti nella già avvenuta maturazione degli interessi (non più da un anno, bensì da un semestre) e la condizione che la convenzione in quel senso fosse posteriore alla maturazione degli interessi.

Altre illustri codificazioni, quale quella tedesca (pur essendo questa anteriore alla nostra del 1942), hanno ulteriormente snellito il sistema di garanzie per il debitore, richiedendo che la convenzione relativa all'anatocismo fosse successiva alla maturazione degli interessi, pena la nullità del patto (§ 248, *Abs* 1), ammettendo, in ogni caso, la validità di tali patti anche anteriori alla scadenza del debito (§ 248, *Abs* 2). Del tutto assente appare, a differenza che nella tradizione francese o italiana, il riferimento ad una specifica convenzione o domanda giudiziale²⁵³.

21. (Segue). Operatività dell'anatocismo: presupposti, limiti e garanzie.

Il riferimento, contenuto nelle tradizioni francese ed italiana alla domanda giudiziale ed alla convenzione successiva alla maturazione degli interessi, sembra fondato su diverse ragioni, talora molto diverse, talora anche molto distanti cronologicamente²⁵⁴. Una prima spiegazione della *ratio* della necessità di una domanda giudiziale può essere rinvenuta in una sorta di garanzia consistente

²⁵² Art. 1232 c.c. 1865: «gli interessi scaduti possono produrre altri interessi o nel tasso legale in forza di giudiziale domanda e dal giorno di questa o nella misura che verrà pattuita in forza di una convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi. Nelle materie commerciali l'interesse degli interessi è inoltre regolato dagli usi e dalle consuetudini. L'interesse convenzionale o legale d'interessi scaduti per debiti civili non comincia a decorrere, se non quando trattasi d'interessi dovuti per un'annata intera, salvo però riguardo alle casse di risparmio ed altri simili istituti quando fosse altrimenti stabilito dai rispettivi loro regolamenti».

²⁵³ Spesse volte il significato e la portata del § 248 BGB. non ci sembra sia stato del tutto compreso dalla dottrina italiana. La previsione della nullità per le convenzioni anteriori alla maturazione degli interessi («eine im voraus getroffene Vereinbarung, dass fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, ist nichtig») ha fatto (crediamo frettolosamente) ritenere ad alcuni autori che nel codice tedesco sarebbe contenuto un «divieto assoluto dell'anatocismo»: così FEDELE, *op. cit.*, alla penultima nota, 30, nota 1, il quale tra l'altro, cita, a prova di questa tesi, il § 289 che rappresenta solo un'ipotesi particolare di anatocismo, e tralascia di soffermarsi sul § 248 BGB. che rappresenta, al contrario, nel diritto tedesco la generale disciplina dell'anatocismo.

²⁵⁴ Non ci sembra corretto, metodologicamente, in questi casi, particolarmente in relazione a norme di legge così fortemente influenzate dalle parallele, peculiari e particolari vicende dei vari sistemi giuridici, tentare di isolare una sola *ratio* di tali norme come, ad esempio, ha cercato di realizzare FEDELE, *Appunti in tema di anatocismo giudiziale*, cit., 31 ss., in quanto è nostra convinzione che proprio in casi come questi sono diversi e concomitanti gli elementi che possono aver indotto all'adozione di una soluzione o di un'altra.

nella conoscenza, da parte del debitore, del rischio di dover affrontare, nel protrarsi del ritardo di inadempimento, non solo i costi accessori degli interessi contemporaneamente maturati, ma anche quelli maggiori, che derivano dalla capitalizzazione degli interessi maturati man mano dal giorno della domanda. Analogamente, una convenzione *ad hoc*, posta in essere dopo la maturazione degli interessi, implicherebbe la piena consapevolezza del debitore sugli effetti economici, anche pesanti, della capitalizzazione degli interessi²⁵⁵.

La spiegazione al riferimento della domanda giudiziale, in particolare, può essere facilmente rinvenuta anche in altri elementi, più strettamente legati alla tipica tradizione francese del diritto delle obbligazioni. È noto che la decorrenza degli interessi moratori era, in base ad un indirizzo risalente alla più autorevole dottrina francese anteriore alle codificazioni, subordinata alla presenza di una domanda giudiziale²⁵⁶. Questo orientamento, che venne a costituire un principio nel codice napoleonico almeno fino alla novella del 7-4-1900, che svincolò la decorrenza degli interessi da questo elemento, a parere di un'assai attenta dottrina italiana del secolo XIX costituisce la premessa per un analogo indirizzo anche in tema di decorrenza degli interessi anatocistici²⁵⁷. Tale spiegazione, benché non sia andata esente da critiche²⁵⁸, appare, almeno per quanto concerne la codificazione francese, notevolmente plausibile da un punto di vista storico. Se, infatti, una domanda giudiziale era la premessa per la decorrenza degli interessi moratori semplici, tanto più appare quale presupposto necessario per la decorrenza degli interessi degli interessi, cioè per la capitalizzazione degli interessi.

Di fronte all'attuale disciplina del nostro codice vigente (come abbiamo visto, analizzando il tema degli interessi moratori, ormai completamente emancipata dall'influsso della tradizione francese), queste spiegazioni appaiono rivestire una rilevanza più storico-sistemica che effettivamente esplicativa dell'attuale portata del principio. Più convincente risulta il riferimento squisitamente economico ad un dato incontrovertibile, che, cioè, con la sentenza che liquida gli interessi dovuti, questi, una volta materializzati in una determinata somma di danaro, si fondono con la somma principale dovuta formando un unico capitale dal quale non potranno, a sua volta, che prodursi ulteriori interessi. La liquidazione degli interessi, e la condanna a pagare assieme ad essi la somma principale, rappresenta di per sé un elemento che comporta la capitalizzazione dei medesimi. Questa non può, d'altro canto, che decorrere dalla data della domanda

²⁵⁵ Cfr. per questo indirizzo MESSA, *L'obbligazione*, 1911, cit., 102 ss.; FEDELE, *op. cit.*, alla nota prec., 32 ss.

²⁵⁶ Cfr. *supra*, sub artt. 1278-1281, n. 15-16; e v. FEDELE, *op. cit.*, alla penultima nota, 37.

²⁵⁷ Nella sua lettera originale così suonava l'art. 1153, 3° comma, code Napoléon: «ils [ces dommages] ne sont dus que du jour de la demande, excepté sans les cas où la loi les fait courir de plein droit». La dottrina italiana, cui facciamo riferimento, è BIANCHI, *La retroattività dell'anatocismo convenzionale secondo il codice civile italiano (art. 1232)* (AG, 1877, 29).

²⁵⁸ Cfr. FEDELE, *Appunti in tema di anatocismo giudiziale*, cit., 38 ss.

giudiziale in armonia con il noto principio di diritto processuale, in base al quale il tempo della lite non può andare a danno del vincitore²⁵⁹.

L'elemento garantistico a favore del debitore è dato dal divieto di pattuizioni anteriori alla scadenza. Questo principio, presente, del resto, non solo nel nostro ordinamento (art. 1283), ma anche in altri, come in quello tedesco (§ 248 BGB.) e in quello francese (art. 1154), è teso ad evitare che il debitore possa trovarsi nella situazione di dover accettare siffatte clausole, pena, ad esempio, la mancata conclusione del contratto di credito e, quindi, più ampiamente si richiama ad un atteggiamento di sospetto verso strumenti diretti a far crescere i tassi di interessi. L'altro requisito, secondo quanto previsto dall'art. 1283 c.c.²⁶⁰, richiede inoltre che si tratti di interessi scaduti per lo meno da un semestre (l'art. 1232, 3° comma, c.c. del 1865 richiedeva almeno un anno). Il periodo di tempo calcolato ha diretta influenza sull'entità della capitalizzazione degli interessi, con la conseguenza che più breve è l'arco del tempo preso in considerazione per la maturazione degli interessi, tanto più intensa sarà quantitativamente la capitalizzazione di questi. I legislatori italiano e francese hanno voluto, quindi, evitare che la brevità del periodo per la maturazione degli interessi agisse da diretto o indiretto moltiplicatore per la capitalizzazione dei medesimi, con il risultato di stimolarne la produzione, anche in costanza di un saggio di interessi «normale», in misura pari o superiore ad un saggio di interessi usurari²⁶¹.

La nostra giurisprudenza ha applicato in forma molto rigorosa questi principi, richiedendo per la decorrenza dei cosiddetti interessi composti (anatocistici) una domanda giudiziale specificamente diretta ad ottenere il pagamento degli interessi sugli interessi scaduti (ancorché proposta in corso di causa), negando, con ferma continuità di indirizzo nelle decisioni, che a tale fine potesse essere sufficiente la domanda generica sugli interessi scaduti²⁶². Analogamente, ha ritenuto nulla qualsiasi pattuizione intervenuta precedentemente alla maturazione

²⁵⁹ Cfr. in questo senso, FEDELE, *op. cit.*, alla nota prec., 41 ss.

²⁶⁰ Diversamente tale requisito non è richiesto dal § 248 BGB.

²⁶¹ Cfr. MESSA, *L'obbligazione*, 1911, cit., 107; qualche dubbio sulla effettiva necessità di un tale limite lo esprime FEDELE, *Appunti in tema di anatocismo giudiziale*, cit., 33, che, al contrario, non ritiene così pericoloso, in concreto, questo effetto di moltiplicazione per il debitore e stima, quindi, come ormai anacronistica la riproposizione di siffatto principio da parte del codice civile del 1942.

²⁶² Cfr. Cass., 15-7-1978, n. 3564 (*RFI*, 1978, *Appello civile*, n. 57); Cass., 29-7-1978, n. 3790 (*ibidem*, *Interessi*, n. 6); Cass., 20-6-1978, n. 3054 (*ibidem*, *voce cit.*, n. 7); Cass., 12-9-1978, n. 4123 (*ibidem*, *voce cit.*, n. 8); Cass., 13-11-1978, n. 5212 (*ibidem*, *Lavoro e previdenza*, n. 216); T. Roma, 19-6-1975 (*GI*, 1976, I, 2, 244); Cass., 4-10-1976, n. 3226 (*RFI*, 1976, *Interessi*, n. 16); Cass., 25-7-1975, n. 2903 (*ivi*, 1975, *voce cit.*, n. 19); Cass., 29-7-1974 (*ivi*, 1974, *voce cit.*, n. 5); Cass., 11-12-1974, n. 4222 (*ibidem*, *voce cit.*, n. 8); Cass., 9-10-1972, n. 2934 (*ivi*, 1972, *voce cit.*, n. 7); Cass., 29-11-1971, n. 3479 (*GC*, 1972, I, 518); Cass., 22-11-1971, n. 3369 (*RFI*, 1971, *Interessi*, n. 16); T. Sup. Acque, 8-1-1970, n. 1 (*CS*, 1970, II, 70); Cass., 26-4-1968, n. 1285 (*FI*, 1968, I, 2578); Cass., 16-2-1965, n. 252 (*ivi*, 1965, I, 1274); A. Trieste, 19-2-1963 (*CBVT*, 1963, 452); Cass., 12-10-1961, n. 2098 (*FI*, 1961, I, 1419); Cass., 26-3-1949 (*GI*, 1950, I, 1, 247).

degli interessi semplici, quali ad esempio, le convenzioni imposte al mutuatario, all'atto di stipula del contratto, con le quali si prevede la corresponsione degli interessi di mora sulle rate scadute e non pagate che risultano già comprensive degli interessi corrispettivi²⁶³.

Va, peraltro, rilevato che la disciplina qui illustrata trova, poi, amplissime deroghe in virtù dell'esplicita riserva fatta dal nostro legislatore alla legittimità ed applicabilità di consuetudini contrarie ai principi sopra esposti in tema di anatocismo. Il riferimento agli usi è, in particolare, divenuto più significativo rispetto al codice del 1865. In quello, in armonia con la separazione tra materia civile e commerciale, si affermava che «nelle materie commerciali l'interesse degli interessi è regolato dagli usi e dalle consuetudini» (art. 1232, 2° comma); nel codice vigente, la formulazione è ancora più ampia e l'applicazione della disciplina, diretta alla limitazione dell'anatocismo, viene fatta dipendere dal fatto che non esistono usi contrari (l'art. 1283 si apre con l'affermazione «in mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti, ecc.»). In sostanza, il legislatore preferisce riconoscere al mercato la possibilità di sviluppare le più diverse e penetranti consuetudini anche di contenuto diverso rispetto ai principi dettati dall'art. 1283.

È nel settore bancario che usi del tutto opposti si erano da tempo creati ed avevano trovato costante applicazione. D'altro canto, la formulazione dell'art. 1283 non esclude che tali usi si possano sviluppare – a differenza che nel passato codice o nel vigente BGB. (§ 248) – anche in settori diversi e lontani da quello bancario o commerciale in genere.

La possibilità di derogare ai principi stabiliti dall'art. 1283 è data unicamente con gli usi normativi, mentre non sembra che la lettera della suddetta norma di legge consenta un'integrazione del contratto attraverso usi negoziali. In taluni casi, specifiche norme di legge fanno eccezione ai principi limitatori dell'anatocismo: come l'art. 2, r.d. 24-12-1922, n. 1677; l'art. 24, l. 2-1-1913, n. 453; l'art. 6, d.l. 3-3-1927, n. 296, rispettivamente per le casse di risparmio postali e le casse depositi e prestiti²⁶⁴. Altrimenti, e con maggiore rilevanza, sono gli usi bancari che comportano incisive deroghe ai principi del citato art. 1283²⁶⁵: come gli artt. 3 e 8 degli usi e consuetudini del credito accertati su base nazionale,

²⁶³ Cfr. Cass., 6-5-1977, n. 1724 (*RFI*, 1977, *Interessi*, n. 5); Cass., 29-11-1971, n. 3479 (*ivi*, 1971, voce cit., n. 17); T. Genova, 15-11-1968 (*GM*, 1970, I, 437); A. Firenze, 8-2-1965 (*Riv. giur. trib.*, 1965, 575).

²⁶⁴ Cfr. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja e Branca*, sub artt. 1277-1284, cit., 593.

²⁶⁵ Sulla portata degli usi bancari, quale normativa che assorbe l'intera disciplina della produzione degli interessi sugli interessi con modalità diverse da quelle previste nell'art. 1283, cfr. MOLLE, *I contratti bancari*³, 42; BALOSSINI, *Gli usi di banca e di borsa, passim*; più in generale, sul significato e portata degli usi bancari, v. GALGANO, *Diritto commerciale*⁴, I, cit., 309; COTTINO, *Diritto commerciale*, II, 60 ss.; PAVONE LA ROSA, *Gli usi bancari (BBTC*, 1977, 1 ss.), ed ora in *Le operazioni bancarie*, I, a cura di Portale, 22 ss.

specificamente dedicati agli interessi composti²⁶⁶. La legittimità di questa «manipolazione» dei principi legali restrittivi in tema di anatocismo, peraltro costantemente riconosciuta anche dalla nostra giurisprudenza²⁶⁷, è, del resto, un dato caratteristico anche di altri ordinamenti. Tipico, a questo proposito, quello tedesco, che al § 248 BGB., dopo aver stabilito la nullità delle convenzioni anatocistiche avvenute prima della maturazione degli interessi semplici, esonera le *Sparkassen, Kreditanstalten und Inhaber von Bankgeschäften* da qualsiasi vincolo limitativo alla pratica dell'anatocismo²⁶⁸.

22. (Segue). *Convenzione di capitalizzazione trimestrale degli interessi e divieto di anatocismo ex art. 1283 c.c.*

La giurisprudenza ha affrontato il tema dell'anatocismo con riguardo all'ammissibilità di convenzioni aventi ad oggetto la produzione di interessi sugli interessi avendo riguardo ad una fattispecie che presentava diversi profili interpretativi di alcune clausole relative all'inadempimento del contratto di mutuo²⁶⁹.

A carico del mutuatario era previsto infatti una semestralità aggiuntiva di interessi, correttamente definita quale clausola penale dal Tribunale di Vercelli, il cui preciso ammontare dipendeva dal significato cui l'interprete poteva attribuire all'espressione «tasso vigente».

In particolare la composizione della somma dovuta quale penale risultava complessa: una parte era costituita da una semestralità aggiuntiva di interessi da determinare evidentemente al tasso convenzionale («del 15% ovvero sia in ragione del 4,50 in più del tasso ufficiale di sconto con un minimo in ogni caso

²⁶⁶ Così l'art. 3, 2° comma: «gli interessi che nella misura determinata, come sopra, decorrono anche sui saldi dei conti debitori della clientela chiusi per qualsiasi motivo e solo regolati trimestralmente producono interessi»; e l'art. 8: «nelle operazioni bancarie l'interesse degli interessi (interesse composto) è calcolato portando in conto: a) per i conti e depositi non vincolati, l'interesse semplice maturato annualmente; b) per i conti e depositi vincolati, l'interesse semplice maturato alle relative scadenze o annualmente; c) per i conti correnti, anche saltuariamente debitori, l'interesse semplice maturato alla fine di ogni trimestre, cioè a fine marzo, giugno, settembre e dicembre. L'interesse, così portato in conto, produce a sua volta interessi nella stessa misura». Sul punto, particolarmente, per un confronto con gli usi di alcune provincie italiane, cfr. BALOSSINI, cit. alla nota prec., 73.

²⁶⁷ Cfr. A. Milano, 17-2-1976 (BBTC, 1977, II, 332); A. Firenze, 13-12-1965 (ivi, 1966, II, 100); A. Brescia, 4-12-1957 (MFI, 1957).

²⁶⁸ VON MAYDELL, in REBMANN-SACKER, *Münchener Kommentar*, Munchen, 1978, sub § 248, Rdn 4, 256, in relazione a tutte le eccezioni previste nel diritto tedesco al divieto di anatocismo; v. anche WEBER, in VON STAUDINGER, *Staudingers Kommentar*¹¹, sub § 248, Rdn 13 ss., 1317 ss.; SCHMIDT, in SOERGEL-SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 248, Rdn 2, 151.

²⁶⁹ T. Vercelli, 21-7-1994 (GI, 1995, I, 2, 408), con nota di INZITARI.

del 15%») e da un'ulteriore parte costituita da una maggiorazione del 2% rispetto al «tasso vigente».

La sentenza ha fondatamente ritenuto che l'aggettivo «vigente» potesse essere riferito al tasso legale in vigore, appunto secondo il regime di vigenza legale dell'epoca, e non piuttosto al tasso che, in virtù di convenzione sugli interessi, le parti avevano disposto che in quel momento regolasse il rapporto.

L'interpretazione appare corretta in quanto, tanto il tenore dell'espressione «tasso vigente», quanto la più ampia argomentazione ermeneutica particolarmente riferita al criterio della *interpretatio contra stipulatorem* appaiono escludere la riconducibilità al tasso convenzionale dell'espressione stessa.

L'altro tema certamente più rilevante e complesso affrontato dalla sentenza concerne l'ammissibilità dell'anatocismo trimestrale. Il problema è invero introdotto anche in questo caso da un interrogativo di carattere ermeneutico. La clausola del contratto non esprimeva, infatti, un espresso patto convenzionale di capitalizzazione degli interessi, bensì usava un'espressione più ambigua e sfumata: il tasso debitore convenzionale (già stabilito nella misura del 22,75%) sarebbe stato «rivedibile trimestralmente». La sentenza, sulla base di una complessiva interpretazione del tenore della clausola, esclude, disattendendo gli orientamenti sembra espressi dal consulente d'ufficio, che siffatta espressione possa essere letta quale convenzione di capitalizzazione di interessi, giungendo pertanto ad escludere che il contratto di apertura di credito che dette origine alla controversia prevedesse la capitalizzazione trimestrale degli interessi.

La sentenza affronta, infine, l'ultimo più rilevante aspetto, relativo all'eventuale applicabilità, rivendicata dalla banca, dell'anatocismo trimestrale sulla base di un richiamo agli «usi bancari».

La motivazione della decisione ripercorre alcuni dei principi sui quali si impernia la disciplina dell'anatocismo: esso può essere ammesso solo ed in quanto specificatamente richiesto con domanda giudiziale o sulla base di una convenzione posteriore di almeno sei mesi alla scadenza degli interessi. Di qui due importanti conseguenze: radicale esclusione dell'operatività dell'anatocismo per i primi sei mesi successivi alla scadenza del debito pecuniario e la nullità per contrarietà a norme imperative di legge di ogni convenzione anteriore alla loro scadenza.

Per quanto concerne il primo profilo dell'ammissibilità della decorrenza degli interessi anatocistici solo se specificatamente richiesti con la domanda giudiziale o comunque con convenzione posteriore alla loro scadenza, ricordiamo che, secondo quanto già osservato²⁷⁰, il riferimento, contenuto nelle tradizioni francese ed italiana alla domanda giudiziale ed alla convenzione successiva alla maturazione degli interessi, sembra fondato su ragioni talora anche molto diverse e talora anche molto distanti cronologicamente. Una prima spiegazione della

²⁷⁰ Cfr. INZITARI, *La moneta*, in ID., *Moneta e valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI, cit., 291; ID., «Interessi», in *Digesto/civ.*, IX, Torino, 1993, 556, 594 ss.

ratio della necessità di una domanda giudiziale può essere rinvenuta in una sorta di garanzia consistente nella conoscenza, da parte del debitore, del rischio di dover affrontare, nel protrarsi del ritardo da inadempimento, non solo i costi accessori degli interessi contemporaneamente maturati, ma anche quelli maggiori, che derivano dalla capitalizzazione degli interessi maturati man mano dal giorno della domanda. Analogamente, una convenzione *ad hoc*, posta in essere dopo la maturazione degli interessi, implicherebbe la piena consapevolezza del debitore sugli effetti economici, anche pesanti, della capitalizzazione degli interessi²⁷¹.

La spiegazione al riferimento della domanda giudiziale, in particolare, può essere facilmente rinvenuta anche in altri elementi, più strettamente legati alla tradizione francese del diritto delle obbligazioni. È noto che la decorrenza degli interessi moratori era, in base ad un indirizzo risalente alla più autorevole dottrina francese, subordinata alla presenza di una domanda giudiziale. Questo orientamento – che venne a costituire un principio del codice napoleonico almeno fino alla novella del 7 aprile 1900, che svincolò la decorrenza degli interessi da questo elemento –, a parere di un'assai attenta dottrina italiana del secolo scorso²⁷², costituisce la premessa per un analogo indirizzo anche in tema di decorrenza degli interessi anatocistici²⁷³. Tale spiegazione, benché non sia andata esente da critiche²⁷⁴, appare, almeno per quanto concerne la codificazione francese, notevolmente plausibile da un punto di vista storico. Se infatti una domanda giudiziale era la premessa per la decorrenza degli interessi moratori semplici, tanto più appare quale presupposto necessario per la decorrenza degli interessi degli interessi, cioè per la capitalizzazione degli interessi.

Di fronte all'attuale disciplina del nostro codice vigente – come abbiamo già visto analizzando il tema degli interessi moratori²⁷⁵, ormai completamente emancipata dall'influsso della tradizione francese – queste spiegazioni appaiono rivestire una rilevanza più storico-sistemica che effettivamente esplicativa dell'attuale portata del principio. Più convincente risulta il riferimento squisitamente economico ad un dato incontrovertibile, che, cioè, con la sentenza che liquida gli interessi dovuti, questi, una volta materializzati in una determinata somma di denaro, si fondono con la somma principale dovuta formando un unico capitale dal quale non potranno che a sua volta prodursi ulteriori interessi. La liquidazione degli interessi e la condanna a pagare insieme ad essi la somma principale rappresenta di per sé un elemento che comporta la capitalizzazione dei medesi-

²⁷¹ Cfr. MESSA, *L'obbligazione*, 1911, cit., 107.

²⁷² Nella sua lettera originale così suonava l'art. 1153, 3° comma, code Napoléon: «Ils (ces dommages) ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit». La dottrina italiana, cui facciamo riferimento, è BIANCHI, *op. cit.*, 29.

²⁷³ Cfr. FEDELE, *Appunti in tema di anatocismo giudiziale*, cit., 32 ss.

²⁷⁴ Cfr. in questo senso, FEDELE, *op. cit.*, alla nota prec., 41 ss.

²⁷⁵ Cfr. INZITARI, *La moneta*, in ID., *Moneta e valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI, cit., 199 ss.

mi. Questa non può d'altro canto che decorrere dalla data della domanda giudiziale in armonia con il noto principio di diritto processuale, in base al quale il tempo della lite non può andare a danno del vincitore.

La possibilità di disporre la produzione degli interessi con una convenzione anteriore alla scadenza degli interessi stessi è limitata dall'art. 1283 c.c. alla presenza di un uso normativo che consenta la convenzione anatocistica. La previsione della norma in parola concerne e qualifica la legittimità delle consuetudini che fossero contrarie all'esposto principio del divieto di anatocismo.

Il riferimento agli usi è, in particolare, divenuto più significativo rispetto al codice del 1865. In quello, in armonia con la separazione tra materia civile e commerciale, si afferma che «nelle materie commerciali l'interesse degli interessi è regolato dagli usi e dalle consuetudini» (art. 1232, 2° comma); nel codice vigente la formulazione è ancora più ampia e l'applicabilità della disciplina, diretta alla limitazione dell'anatocismo, viene fatta dipendere dal fatto che non esistano evidentemente usi normativi contrari (l'art. 1283 c.c. si apre con l'affermazione «in mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti, ecc. »).

Si tratta di una deroga di estremo rilievo, anche sul piano della gerarchia delle fonti, in quanto è l'unico caso in cui una norma imperativa, quale appunto quella che stabilisce il divieto di anatocismo, viene ad essere derogata da usi normativi, ai quali la subordinazione gerarchica rispetto alla prima impedirebbe di prevalere, se non appunto in virtù di un espresso richiamo, quale quello contenuto nell'art. 1283 c.c.

La peculiarità di siffatta deroga alla consueta regola della possibile concorrenza tra consuetudine e norme derogabili o dispositive – concorrenza che in base all'art. 8 delle disposizioni sulla legge in generale si può verificare solo ed in quanto la norma di legge di carattere dispositivo richiami o rinvii agli usi – risiede nel fatto stesso, appunto eccezionale nel nostro sistema, che la concorrenza è in questo caso tra una norma imperativa, l'art. 1283 c.c. che stabilisce un divieto, e le consuetudini che la stessa norma abilita e riconosce come suscettibili di poter derogare al divieto. Emerge, quindi, un aspetto sinora non sufficientemente valutato dalla dottrina. La formazione, la modificazione degli usi o consuetudini non trova ostacoli di sorta rispetto alle norme di legge aventi carattere derogabile o come si suol dire dispositivo. Infatti, atteso proprio il loro carattere dispositivo e derogabile, è perfettamente possibile ipotizzare e consentire che, a fronte di una *regola iuris* stabilita dalla legge ma avente carattere derogabile, i privati seguano nella loro attività un comportamento diverso e addirittura opposto rispetto a quello stabilito dalla legge.

È, si ritiene, utile o almeno opportuno un esempio: l'art. 1767 c.c. stabilisce la gratuità del deposito con norma derogabile e i privati non solo possono derogare e derogano a questo principio stabilendo l'onerosità nei loro rapporti di deposito, ma, almeno in alcuni settori (potrebbe essere ad es. quello della custodia delle attrezzature sportive o degli skidepot organizzati presso le stazioni delle funivie degli impianti sciistici), è ben ipotizzabile che si formi progressivamente

un uso normativo diretto a riconoscere in via generale, anche in mancanza di specifica convenzione dei privati, il carattere oneroso di siffatta forma di deposito: la consuetudine così formata, vale a dire, nell'esempio accennato, l'obbligo per il depositante di pagare il corrispettivo al depositario, si verrebbe a sovrapporre rispetto alla regola codicistica – ripeto avente carattere dispositivo – della gratuità del deposito; tale presunzione di onerosità avrebbe vigenza al pari di ogni altro uso per tutto il tempo in cui si potesse provare l'esistenza e l'efficacia dell'uso stesso, in quanto una volta venisse a cessare una siffatta consuetudine, perché ad esempio venisse ad estendersi la prassi contrattuale secondo cui con l'acquisto di un nuovo (ed auspicabile) tipo di ski-pass «a numero chiuso» (che cioè consente l'accesso sulle piste ad un numero limitato e controllato di sciatori) si acquista anche il diritto al deposito, appunto gratuito, delle attrezzature sciistiche, continuerebbe la piena vigenza del precetto di gratuità dispositivamente previsto dalla legge e, appunto, non più derogato da un uso contrario.

Il presupposto di tale dinamica e piena concorrenza tra uso e norma di legge risiede nella derogabilità della legge stessa attraverso un ripetuto contrario atteggiamento che, per la sua costante diffusione, comporta quella vincolatività ed efficacia di immediata rilevanza sul piano sociale che, appunto, sono proprie dell'uso della consuetudine. Nel caso in cui, al contrario, la materia sia regolata, come appunto nel caso del divieto legislativo di convenzioni anatocistiche, da una norma imperativa di legge, quale appunto l'art. 1283 c.c., il carattere inderogabile della norma costituisce un radicale impedimento alla formazione legittima di una prassi e quindi di un uso diverso, anzi contrario al precetto legislativo: se la norma fa divieto ai privati di stabilire convenzionalmente la produzione di interessi sugli interessi, ogni convenzione che fosse posta in essere sarebbe colpita dall'invalidità e 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.

Queste considerazioni impongono pertanto all'interprete di dover considerare con estrema cautela la presenza, la validità e l'efficacia degli eventuali usi contrari suscettibili di derogare al divieto d'anatocismo.

Deve essere in primo luogo osservato che legittimi ed efficaci potranno necessariamente risultare solo quegli usi che erano già riconosciuti e vigenti al momento in cui entrò in vigore il codice civile del 1942. Nello stabilire il divieto d'anatocismo il codice fece, infatti, salvi gli eventuali usi contrari riconoscendo efficacia contro il divieto a quegli usi che già allora consentivano di pattuire convenzionalmente la produzione degli interessi sugli interessi.

Ciò significa altresì che successivamente all'entrata in vigore del codice civile non potranno, per le ragioni sopra esposte, essersi formati validamente altri usi normativi rispetto a quelli esistenti, al momento di entrata in vigore del codice. Non potranno pertanto essersi prodotti usi normativi il cui contenuto, ad esempio, preveda una più intensa produzione anatocistica rispetto a quella che

costituiva appunto un uso riconosciuto del mondo bancario nel 1942, in quanto, come abbiamo visto, la stessa formazione dell'uso si sarebbe basata su una prassi contrattuale invalida e *contra legem*.

Queste osservazioni – che sono ulteriori rispetto al peraltro pregevole contenuto della sentenza in commento – appaiono particolarmente significative nella valutazione, operata in motivazione dal Tribunale di Vercelli, della pretesa consuetudine normativa di capitalizzazione trimestrale degli interessi. Essa non soltanto, secondo l'analisi di merito condotta dal giudice piemontese, non risulta provata ed esistente già al momento dell'entrata in vigore del codice del 1942, ma necessariamente non può neanche ritenersi che tale consuetudine – di anatocismo su base trimestrale – possa essersi validamente formata negli anni successivi.

La ripetuta inserzione, nei contratti bancari e in particolare nei contratti di conto corrente bancari, di una previsione di capitalizzazione trimestrale non costituisce, come è noto, uso normativo ma al massimo potrebbe costituire una tendenza verso la costituzione di uso negoziale, la cui formazione peraltro non si sarebbe mai compiuta, considerato il contrasto di questa clausola, sia pure ripetutamente inserita nei contratti bancari, con il divieto imperativamente stabilito dalla legge.

La giurisprudenza d'altro canto, se pur ha talora affermato la validità delle convenzioni bancarie di capitalizzazione trimestrale degli interessi²⁷⁶, non ha poi mancato in altre occasioni di valutare con estrema attenzione l'effettiva esistenza degli usi suscettibili di legittimare l'anatocismo convenzionale. Sempre la giurisprudenza ha, per esempio, escluso che l'uso normativo che sia sorto in relazione ai rapporti tra banca e cliente possa essere esteso ed applicato ad altri rapporti obbligatori nei quali il creditore sia un soggetto diverso dalla banca: la Cassazione ha escluso l'applicazione dell'uso anatocistico bancario a favore della società finanziaria creditrice, osservando «la necessità che l'efficacia dell'uso richiamato sia ristretta alla categoria dei soggetti nei cui confronti esso si è formato onde evitare che il fine propostosi dal legislatore nel sancire la regola generale venga ad essere frustrato dall'estensione soggettiva dell'uso contrario»²⁷⁷.

Un'ultima considerazione di prospettiva sul significato e la portata di cui la decisione in commento appare gravida. Ancora una volta uno degli strumenti ai quali il mondo bancario ha fatto sicuro affidamento nel determinare il contenuto dei rapporti obbligatori posti in essere con i clienti, e cioè il ricorso agli usi,

²⁷⁶ In giurisprudenza, cfr. Cass., 15-12-1981, n. 6631 (*GC*, 1982, I, 380); T. Milano, 13-10-1988 (*BBTC*, 1990, II, 213); Cass., 5-6-1987, n. 4920 (*ivi*, 1988, II, 579) con nota di LATINO, *Osservazioni in tema di capitalizzazione degli interessi nei contratti bancari*; (*NNGC*, 1987, I, 668), con nota di Colussi.

²⁷⁷ Cfr. Cass., 12-4-1980, n. 2335 (*GI*, 1982, I, 1, 238), con nota di D'AMICO, *Osservazioni in tema di usi e loro estensione soggettiva: materia bancaria, società finanziarie ed anatocismo*.

viene sottoposto ad attenta verifica, con conclusioni che conducono ad un'evidente limitazione della validità dell'operato delle banche. Nel decennio appena trascorso, sempre nell'ambito della determinazione della misura degli interessi, il dibattito sorse e si sviluppò in relazione alla validità della *relatio* ai cosiddetti usi bancari nella determinazione degli interessi²⁷⁸.

Non soltanto la giurisprudenza ma poi finalmente anche il legislatore, dapprima con la legge sulla trasparenza bancaria (l. 17-2-1992, n. 154) e poi col testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (art. 117, 124, d.l. 1-9-1993, n. 385), hanno escluso la validità e l'efficacia delle prassi ormai *contra legem* di determinazione degli interessi ultralegali attraverso il riferimento agli usi. La critica della dottrina e della giurisprudenza alla capitalizzazione degli interessi conferma questa tendenza in prospettiva e annuncia profonde revisioni.

23. (Segue). *Le Sezioni Unite e il divieto di anatocismo: l'asimmetria contrattuale esclude la formazione dell'uso normativo.*

Al cospetto della nuova sentenza delle Sezioni Unite che ha confermato la nullità delle clausole anatocistiche emergono due profili apparentemente distanti tra loro, ma in realtà strettamente legati: le peculiari modalità di formulazione della «questione anatocistica» al fine di poter investire le Sezioni Unite della Cassazione di un ulteriore tema dell'anatocismo, e l'enunciazione, da parte del giudice di legittimità, di un principio che si manifesta come il punto di arrivo di un'elaborazione complessiva sull'effettiva collocazione dell'uso normativo nella società contemporanea²⁷⁹.

²⁷⁸ Il problema fu sollevato proprio dal sottoscritto in relazione alla validità delle prassi bancarie di determinazione degli interessi. Cfr. INZITARI, *Limiti di ammissibilità della relatio nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali*, cit., 1018; INZITARI-FERRARI, *L'inefficacia della determinazione degli interessi bancari mediante relatio per mancanza di univocità e precisione dei criteri di riferimento* (DB, 1992, I, 234); in giurisprudenza, tra le tante, T. Milano, 20-5-1991 (*ibidem*, 224); A. Milano, 15-12-1989 (BBTC, 1991, II, 198); T. Macerata, 17-8-1989 (DB, 1991, I, 148; BBTC, 1991, II, 679); T. Genova, 9-5-1989 (NNGC, 1990, I, 62).

²⁷⁹ Le reazioni alla decisione delle Sezioni Unite rispecchiano, spesso anche nei toni, l'intransigenza delle posizioni manifestate nel settore bancario sul tema delle clausole anatocistiche. Segnaliamo i numerosi commenti di diverso orientamento, alcuni confermativi dell'interpretazione inaugurata nel 1999 dalla Cassazione, altri tesi a riaffermare la correttezza della prassi contrattuale bancaria dell'anatocismo trimestrale nel conto corrente. V.: COTTINO, *Sull'anatocismo intervengono anche le Sezioni Unite* (GI, 2005, I, 68); COLANGELO, *Interessi bancari e meccanismi moltiplicativi delle remunerazioni* (FI, 2004, I, 3301); DOLMETTA, *Il divieto di anatocismo per le banche dalla gestione del pregresso ai rapporti attuali. Per un uso laico della «certezza del diritto»* (BBTC, 2005, II, 129); LOMBARDI, *Anatocismo: le Sezioni Unite non persuadono* (CorG, 2005, 431); PALMIERI-PARDOLESI, *L'anatocismo bancario e la bilancia dei Balek* (FI, 2004, I, 3298); FERRO LUZZI, *Canone inverso. Le Sezioni Unite sull'anatocismo bancario: una sconfitta*

Si tratta di aspetti strettamente collegati che è opportuno esaminare per una compiuta comprensione del complessivo significato di una così rilevante pronuncia del nostro giudice di legittimità. L'orientamento della giurisprudenza che considera nulle tali clausole è stato, infatti, confermato con una pronuncia che risulta rilevante sia sotto il profilo del contenuto della motivazione, sia sotto il profilo della peculiare prospettazione della questione di diritto che è stata portata all'esame delle Sezioni Unite della Cassazione.

Dalla narrativa della motivazione, illustrativa dello svolgimento del processo, si deduce che l'assegnazione della causa alle Sezioni Unite (decisione che spetta al primo presidente) è stata presa in seguito ad istanza della banca ricorrente.

Giova alla comprensione della decisione, e più ancora alla comprensione della strategia degli argomenti difensivi fatti valere dalla banca ricorrente, comprendere il percorso seguito da questa per arrivare ad ottenere l'assegnazione alle Sezioni Unite. Anche queste circostanze sono significative per valutare l'effettiva rilevanza e portata della questione dell'anatocismo riproposta alle Sezioni Unite della Cassazione.

A differenza che nei casi previsti dall'art. 360, 1° comma, n. 1, e dall'art. 362 c.p.c. (motivi attinenti alla giurisdizione ed al conflitto di giurisdizione o d'attribuzione), ove le Sezioni Unite hanno una competenza funzionale, nei casi come quello in esame, secondo quanto disposto dall'art. 374 c.p.c., la rimessione alle Sezioni Unite corrisponde ad un potere pienamente discrezionale del primo presidente.

Le Sezioni Unite – che ricordiamo non sono un organo autonomo distinto dalla Corte, ma una sua formazione interna a carattere non permanente²⁸⁰ – nel nostro caso non avrebbero mai potuto essere investite sotto il profilo della difformità di decisioni delle sezioni semplici. Infatti nessun contrasto di orientamento si è manifestato, essendo dal 1999 assolutamente uniforme l'orientamento della Cassazione sulla nullità delle clausole anatocistiche²⁸¹. Le Sezioni Uni-

per i consumatori? (ibidem, 3304); SCOZZAFAVA, *L'anatocismo e la cassazione: così è se vi pare* (Contr., 2005, 225); NIGRO, *Anatocismo nei rapporti bancari e Sezioni Unite: la fine della «storia infinita»?* (DB, 2004, I, 651). Prendono spunto dalla pronuncia delle Sezioni Unite per trattare il tema della restituzione degli interessi, con diversi orientamenti, MAFFEIS, *Banche, clienti, anatocismo e prescrizione* (BBTC, 2005, II, 141); SCOTTI CAMUZZI, *La restituzione ai clienti degli interessi anatocistici che la banca ha addebitato in passato sui loro c/c (effetti della sentenza Cass. S.U., 4 novembre 2004, n. 21095)* (ibidem, 253).

²⁸⁰ Cass., 12-6-1979, n. 3305 (GC, 1979, I, 1611); Cass. S.U., 15-6-2000, n. 440 (*Foro it. on line*). Ricordiamo che le Sezioni Unite sono costituite da un collegio giudicante più ampio di quello ordinario, composto da nove giudici invece di cinque, e presieduto dal primo presidente o dal presidente aggiunto oppure da uno dei presidenti delle sezioni civili.

²⁸¹ La decisione in esame induce a ritornare su alcuni aspetti della formazione del precedente giudiziario in Cassazione e dei criteri attraverso i quali deve essere valutata la modificazione dello stesso precedente (v. il dibattito *Otto voci sul precedente giudiziario*, riprodotto in *CeI*, 1988, 504). L'avvento di un nuovo orientamento giurisprudenziale, anche innovativo e contrario a quel-

te, almeno in astratto, potevano essere investite solo in relazione all'ultima ipotesi prevista dall'art. 374 c.p.c., sotto il profilo che si tratterebbe di questioni di massima di particolare importanza²⁸². Va osservato, dunque, che già nella particolare modalità attraverso cui è stata presa la decisione da parte delle Sezioni

lo affermato negli anni precedenti, non configura necessariamente un contrasto di giurisprudenza e, in particolare, non vuol dire che il mutamento di giurisprudenza comporti i caratteri di decisione difforme tra le sezioni semplici della Cassazione, cui si riferisce la prima ipotesi dell'art. 374 c.p.c. Allorquando si verifica una modificazione dell'orientamento giurisprudenziale, si verifica infatti una revisione rispetto all'orientamento sino a quel momento seguito che non necessariamente comporta un contrasto. La revisione dell'indirizzo giurisprudenziale, quando è condivisa dalle sezioni che successivamente si pronunciano sulla stessa questione, viene riconosciuto come l'orientamento della Corte di Cassazione, ed è appunto quello che è avvenuto nel nostro caso. È per questa ragione che l'istanza della banca ricorrente, volta ad assegnare la decisione alle Sezioni Unite, ha dovuto essere formulata e poi è stata accolta sotto il particolarissimo profilo che la causa investiva una questione di massima di particolare importanza. Nell'esperienza della Corte il ricorso a questo tipo di assegnazione [frutto di un'insindacabile valutazione discrezionale del primo presidente: cfr. Cass. S.U., 17-7-1985, n. 4219 (GC, 1986, I, 1737)] risulta tutt'altro che frequente e, da un'analisi dei precedenti, sembra riguardare ipotesi in cui, comunque, si manifestavano almeno rischi di eventuale difformità di decisioni, oppure fattispecie volte ad orientare decisioni future che sono apparse particolarmente importanti: v. ad es. Cass., 17-9-2003, n. 15538 (FI, 2003, I, 2938), in tema di legittimazione del consumatore a far valere, quale illecito ex art. 2043 c.c., la pratica anticoncorrenziale imputata alle imprese (nella specie assicurative). Nel nostro caso, in verità, la Suprema Corte ha consentito al ricorrente di far uso della possibilità di ricorrere ad una decisione a Sezioni Unite non certo per sottoporre l'orientamento giurisprudenziale ormai costantemente istituito da cinque anni ad una sorta di riesame congiunto da parte delle Sezioni Unite (riesame tra l'altro che è stato a più riprese richiesto in varie forme da coloro che, condividendo gli interessi della banca, si erano opposti al nuovo ormai quinquennale orientamento giurisprudenziale), ma piuttosto perché le Sezioni Unite decidessero una questione comunque connessa con l'orientamento già manifestato dalle diverse sezioni della Cassazione, questione che, a sua volta, è stato ritenuto potesse avere il carattere di grande importanza, così come previsto dall'art. 374 c.p.c.

²⁸² Come avemmo modo di rilevare [cfr. INZITARI, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario* (CeI, 1988, 526)], il riferimento alla «questione di massima di particolare importanza» emerge a livello normativo solo nell'art. 374 c.p.c. e nell'art. 65, r.d. 26-6-1924, n. 1054, i quali ne fanno conseguire la remissione della causa rispettivamente alle Sezioni Unite e all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato: questi sono gli unici casi in cui il legislatore fa esplicito riferimento a quella particolare forma di rappresentazione e divulgazione della decisione giurisprudenziale costituita dalla «massima». Del resto nelle regole dello stesso ordinamento giudiziario viene espressa l'esigenza di una rappresentazione e diffusione del complesso delle decisioni della Corte di Cassazione al punto che la formazione di massime, che rappresentino la *ratio decidendi* della Corte, è prevista quale compito funzionale della stessa Corte di Cassazione, la quale, secondo quanto disposto dall'art. 68 dell'ordinamento giudiziario, attraverso un ufficio specializzato, cura la redazione delle massime, per di più ufficiali, di tutte le sentenze della Cassazione. La questione di particolare importanza che dà luogo alla decisione a Sezioni Unite si collega all'esigenza di far sì che dalla decisione venga dedotto un principio di diritto suscettibile di essere indicato e sintetizzato in una massima di particolare importanza, la quale inevitabilmente verrà intesa dal sistema quale regola giuridica organicamente e più che autorevolmente formata dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione.

Unite è possibile dedurre elementi di notevole interesse e rilevanti per inquadrare complessivamente gli itinerari che sono stati percorsi per proporre alla Cassazione di ritornare sulla sua giurisprudenza e di fatto arrivare alla restaurazione dell'uso anatocistico trimestrale.

Nel presente caso «la questione di massima di particolare importanza» è stata formulata, nella prospettazione della banca ricorrente, in relazione ad un profilo non immediato e diretto, bensì costruito in modo laborioso e indiretto. Esso ha investito la valutazione compiuta dalla nuova giurisprudenza e sviluppatasi dalla sentenza della Cassazione 16-3-1999, n. 2374²⁸³ e riguarda un profilo che viene presentato come connesso e dipendente dalla questione centrale e principale, relativa all'esistenza o meno degli usi normativi anatocistici: se, posto che a partire dalla pronuncia della Cassazione risulta pacifico che non esiste un uso normativo di capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista bancario, possa essere o meno deciso che tale uso, al contrario, esisteva negli anni precedenti al 1999 e, cioè, prima del manifestarsi del nuovo orientamento giurisprudenziale della Cassazione.

Il procedimento seguito è diretta espressione delle modalità di esercizio della funzione nomofilattica della Suprema Corte nell'ambito dei compiti riconosciuti dallo stesso art. 65 dell'ordinamento giudiziario, r.d. 30-1-1941, n. 12, ove si stabilisce che «la Corte Suprema di Cassazione assicura l'esatta osservazione e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale». E la vicenda della valutazione della portata normativa oppure negoziale della prassi della capitalizzazione trimestrale a debito del correntista bancario non soltanto comporta l'esigenza di un'uniforme interpretazione della legge ma riveste particolare importanza per assicurare unità del diritto oggettivo nazionale.

L'individuazione delle fonti del diritto è infatti una esigenza che risulta diretta espressione della necessità di assicurare unità al diritto oggettivo nazionale, la quale viene inevitabilmente compromessa allorquando comportamenti rilevanti per la loro diffusione e importanza economica, quale nel nostro caso la attribuzione dell'onere di capitalizzazione trimestrale degli interessi alla clientela dei conti correnti bancari (e cioè ad una categoria di utenti che abbraccia sostanzialmente tutti i cittadini), dipendono dalla qualificazione come normativi o negoziali di comportamenti reiterati e applicati dalle banche.

Ma veniamo ora alla specifica questione di massima che ha dato origine alla decisione a Sezioni Unite e ripercorriamo i punti salienti della sentenza.

Il principio imperativo di riferimento è costituito dalla regola dell'art. 1283 c.c. la quale, nello stabilire il divieto del patto anatocistico anteriore alla produzione degli interessi da capitalizzare, attraverso l'inciso che apre la norma «salvi usi contrari», circoscrive la portata del divieto.

La fattispecie concreta che ha dato origine alla questione risiede nell'inter-

²⁸³ Cass., 16-3-1999, n. 2374 (*BBTC*, 1999, II, 389).

pretazione e qualificazione della natura di tali usi contrari, quali usi normativi o usi negoziali.

Un orientamento giurisprudenziale dal quale è scaturita la questione di massima di particolare importanza è quello affermato da ormai quasi venti sentenze della Cassazione nello spazio di pochi anni. Tali sentenze hanno escluso che gli usi contrari di cui all'art. 1283 c.c. potessero essere identificabili negli usi negoziali e ne hanno affermato il carattere di usi normativi, con conseguente nullità delle clausole bancarie anatocistiche, la cui stipulazione risponde ad un uso meramente negoziale ed incorre quindi nel divieto di cui al citato art. 1283 c.c. La sentenza riassume la pretesa fatta valere dalla banca ricorrente²⁸⁴, descrivendo l'intera vicenda interpretativa nelle forme del sillogismo ove le due proposizioni categoriche sono costituite dai principi di diritto affermati e condivisi dalla Cassazione dal 1999 e ribaditi con questa pronuncia dalle Sezioni Unite. La premessa maggiore è costituita dall'interpretazione, come abbiamo visto, affermata e condivisa dalla banca ricorrente, secondo cui il divieto di anatocismo dell'art. 1283 c.c. può essere derogato solo dagli usi normativi di cui agli artt. 1 e 8 preleggi e non dagli usi negoziali di cui all'art. 1340 c.c. La premessa minore è costituita dalla constatazione, già rilevata in precedenti sentenze delle sezioni semplici, secondo cui l'adesione dei clienti delle banche alle clausole anatocistiche è dovuta non certo al convincimento da parte dei clienti che la regola della capitalizzazione trimestrale sarebbe espressione di un uso normativo, bensì più semplicemente al fatto che l'accettazione di tali clausole è il risultato della ben nota negoziazione attraverso condizioni generali di contratto, ove l'aderente si sottomette alle regole dettate, in questo caso dalla banca, al solo fine di poter fruire di servizi bancari che gli sarebbero preclusi se non avesse accettato passivamente tali clausole predisposte dalla banca.

La sentenza prende atto che la banca non contesta la premessa maggiore, in quanto quest'ultima mostra di condividere il principio secondo cui solo gli usi normativi e non gli usi negoziali possono derogare al divieto anatocistico dell'art. 1283 c.c., mentre mette piuttosto in discussione la premessa minore.

La banca, infatti, ritiene che le clausole anatocistiche, contenute nei moduli dalle banche stesse predisposte, corrispondano, anzi siano espressione di un uso normativo che la banca stessa assume e ritiene si sia formato attraverso l'accettazione da parte dei clienti di tali contratti predisposti e con l'adesione alle condizioni generali di contratto.

Da questa affermazione la banca fa discendere che sino al momento in cui la Cassazione nel 1999 accertò che tale uso non era esistente, un uso normativo esisteva e si era formato attraverso la ripetuta adesione alle condizioni di contratto di conto corrente bancario.

²⁸⁴ In relazione alle argomentazioni fatte valere dalla banca ricorrente, si veda MINERVINI-DALMARTELLO, *Stralcio della memoria conclusionale prodotta nell'interesse della banca ricorrente* (BBTC, 2005, II, 120).

La banca, quindi, motivando dalla mancata condivisione della premessa minore del ragionamento, rappresentato dalla Cassazione come sillogismo, formula la questione oggetto della decisione in esame quale contestazione alla portata retroattiva di tale accertamento dell'inesistenza dell'uso normativo che, sempre secondo la banca, sarebbe stato compiuto dalla Cassazione la quale avrebbe esteso al periodo di tempo anteriore alla sentenza del 1999 l'accertamento dell'inesistenza dell'uso normativo anatocistico.

In realtà, come si può facilmente constatare dal testo di tutte le sentenze pronunciate dal 1999 in poi, l'argomento proposto dalla banca, secondo cui la Cassazione avrebbe affermato la portata retroattiva della sua pronuncia di accertamento dell'inesistenza di usi normativi, non trova alcuna giustificazione. Al riguardo va anche considerato che l'affermazione di retroattività e più in generale l'affermazione dell'efficacia di una regola per l'avvenire o per il passato non competono al giudice, ma solo alla legge, e nei numerosissimi commenti ed interventi sulle diverse pronunce mai è emerso che la Cassazione abbia invaso poteri di competenza del legislatore.

La Corte, in realtà, nelle ripetute sentenze emesse dal 1999 in poi, chiamata a pronunciarsi sulla vincolatività di clausole anatocistiche, ne ha deciso dal 1999 l'inefficacia sulla base della considerazione che dall'entrata in vigore del codice civile non risultava correttamente formato un uso normativo di anatocismo trimestrale in grado di giustificare tali clausole. La Corte di Cassazione non ha quindi stabilito alcuna retroattività. Al contrario, principalmente sulla base di un'interpretazione della disciplina che regola la formazione degli usi, ha escluso che si fosse formato un uso normativo e quindi, al solo fine di fornire un'adeguata motivazione in relazione ai suoi stessi precedenti, ha rilevato (ma va osservato che se non lo avesse fatto avrebbe fornito una motivazione illogica ed incomprensibile e sarebbe venuta meno al suo dovere di motivare le ragioni del mutamento di giurisprudenza) l'erroneità delle precedenti pronunce che tralattivamente avevano dato per scontato che tale uso esistesse.

La tesi della banca, secondo cui la Cassazione avrebbe affermato l'efficacia retroattiva delle pronunce dal 1999, non appare giustificata e rivela piuttosto un carattere strumentalmente artificioso.

Il riferimento a tale affermata retroattività svolge, nel complesso delle argomentazioni della ricorrente, una duplice funzione: da un lato dissimulare la vera ed ultima intenzione di tornare alla tolleranza in passato manifestata dalla giurisprudenza verso tale clausola e tali pratiche contrattuali delle banche, e dall'altro costruire nuovi profili di censura, nelle intenzioni del ricorrente apparentemente non contrastanti con il nuovo orientamento seguito dalla Cassazione, ma che nello stesso tempo, come vedremo, lo avrebbero svuotato sino a renderlo sostanzialmente irrilevante.

Il riferimento alla retroattività svolge infatti, nella strategia seguita dalla banca, la funzione di giustificare l'assegnazione alle Sezioni Unite della questione dell'anatocismo (attraverso l'artificiosa costruzione di una nuova que-

sione, si potrebbe dire la «questione anatocistica» retroattiva), e, nello stesso tempo, di creare elementi di critica finalizzati a far percepire l'operato delle sezioni semplici come invasivo di prerogative proprie del legislatore e quindi a porre l'intera giurisprudenza della Cassazione in una falsa luce, gravata dall'ombra di avere spinto la propria decisione al di fuori del giudizio sul caso singolo.

In particolare la banca giustifica il ricorso alle Sezioni Unite non con la volontà di provocare un nuovo ed inverso *revirement* (diretto ad ottenere la «restaurazione» del passato orientamento che giustificava le clausole contrattuali anatocistiche con tratteggi riferimenti ad usi bancari), bensì con la volontà di provocare una pronuncia che limitasse l'ambito d'applicabilità della nuova giurisprudenza solo al tempo successivo alla pronuncia del 1999 e non a quello precedente.

Tale richiesta appare espressione dell'insofferenza manifestata dal ceto bancario verso la nuova giurisprudenza della Cassazione e che quindi richiedeva un intervento delle Sezioni Unite con il fine correttivo di restaurare la precedente giurisprudenza permissiva delle clausole anatocistiche predisposte nei moduli dei contratti bancari²⁸⁵.

Infatti, da un lato si dichiara un'accettazione e addirittura un riconoscimento della giustezza delle decisioni delle sezioni semplici intervenute dal 1999, esibendo quindi alla Corte riunita a Sezioni Unite un'inaspettata inversione di marcia rispetto ad una anche aspra ostilità e disapprovazione ampiamente dichiarata dal ceto bancario verso le decisioni prese dalla Cassazione dal 1999. Dall'altro viene scelta una peculiare prospettiva che appare costruita su un «falso bersaglio» consistente nella richiesta volta a correggere la retroattività che sarebbe stata disposta dalla Cassazione con le sentenze dal 1999 in poi.

Si tratta di un *iter* argomentativo indiretto ove l'esibizione di una condivisione (meramente formale) è finalizzata ad intercettare l'attenzione ed il favore per la riproposizione della medesima richiesta di ammissibilità delle clausole anatocistiche che verrebbe legittimata attraverso il riferimento ad un momento apparentemente diverso, vale a dire quello cronologicamente antecedente alle prime sentenze del 1999 della Cassazione. Da un lato si afferma di condividere il nuovo indirizzo della giurisprudenza della Cassazione e dall'altro si richiede alle Sezioni Unite di prendere le distanze da una decisione che invero la Cassazione non ha mai preso, e cioè di correggere la retroattività dell'inesistenza dell'uso normativo, richiesta invero che vale quale falso bersaglio, al mero fine di sollecitare una dichiarazione di validità delle stesse clausole anatocistiche praticate dalle banche sino al 1999. A tale fine la banca adduce come argomento che,

²⁸⁵ Con questa richiesta si chiude il saggio di SALANITRO [*Gli interessi bancari anatocistici* (BBTC, 2004, suppl. 4, 3)]. Successivamente lo stesso Autore, in *Le Sezioni Unite e l'anatocismo bancario* (ivi, 2005, II, 128), ha manifestato delusione per le motivazioni svolte nella sentenza delle Sezioni Unite.

a quel tempo, sarebbe esistito un uso anatocistico che, a sua volta, sarebbe venuto meno proprio in concomitanza con la decisione della Cassazione del 1999.

In questo modo l'intero orientamento espresso dal 1999 dalla Cassazione, secondo le intenzioni della banca ricorrente, sarebbe stato neutralizzato e completamente rimosso. Infatti il d.lg. 4-8-1999, n. 342, così detto «salva banche», emanato su pressione delle stesse banche immediatamente dopo la prima pronuncia della Cassazione, ha stabilito una disciplina della produzione degli interessi in conto corrente attraverso una delibera CICR, che si è poi avuta il 9-2-2000, la quale secondo l'interpretazione delle banche dovrebbe consentire la capitalizzazione trimestrale degli interessi. Riteniamo, al contrario, che l'intervento del legislatore da un lato ha confermato la definitiva scomparsa di ogni rilevanza degli usi, e dall'altro non ha fatto venir meno il divieto di capitalizzazione degli interessi di cui all'art. 1283 c.c., con conseguente inefficacia delle clausole anatocistiche tuttora praticate *contra legem* dalle banche²⁸⁶.

Tale ragionamento procede quindi secondo una strategia argomentativo-processuale ove la prima tesi, quella secondo cui bene ha fatto la Cassazione dal 1999 a dichiarare l'inesistenza dell'uso, ha solo il fine di sollecitare e presentare sotto nuove vesti la richiesta alle Sezioni Unite di prendere di nuovo in esame tutte le argomentazioni sull'esistenza e sulla formazione dell'uso anatocistico trimestrale, esame che in realtà è stato già più volte compiuto dalle sezioni semplici, giustificando la ripetizione di questa valutazione con il fatto che questa volta sarebbe riferito al periodo pregresso all'avvento della nuova giurisprudenza iniziata nel 1999.

Va tenuto conto, infatti, della circostanza che, dalla sentenza Cass., 16-3-1999, n. 2374 in poi, le sezioni semplici della Cassazione hanno reiteratamente confermato il principio della nullità delle clausole bancarie anatocistiche, ed hanno affermato che la stipulazione di tali clausole non corrisponde ad un uso normativo, facendone discendere la contrarietà delle clausole al divieto di cui al citato art. 1283 c.c. Tale indirizzo giurisprudenziale è stato seguito dalle diverse sezioni della Cassazione, le quali non hanno dimostrato alcuna difformità nel decidere ma, al contrario, si sono presentate compattamente uniformi nel confermare la medesima decisione e il medesimo principio. È ragionevole ritenere, dunque, che qualsiasi istanza della banca, diretta ad investire le Sezioni Unite sotto il profilo del contrasto di decisioni tra le sezioni semplici, assai difficilmente avrebbe potuto trovare accoglimento.

Di qui la necessità per la banca di percorrere l'unica altra via, consentita dall'art. 374 c.p.c., dell'identificazione della questione di massima di particolare importanza. Quest'ultima, d'altro canto, non poteva certo consistere nella valutazione dell'esistenza o meno dell'uso normativo anatocistico, in quanto sareb-

²⁸⁶ Una prima rilevante analisi della disciplina legale dell'anatocismo bancario in relazione all'art. 120, 2° comma, t.u. l. banc. e della delibera CICR, 9-2-2000, è svolta da DOLMETTA, *op. cit.*, 129.

be stata una questione carente del requisito di novità, come pure sarebbe stata priva del requisito della rilevanza, in relazione a quelle che, prospetticamente, potrebbero essere le decisioni della Cassazione stessa, considerato che la posizione di questa è oggi sul punto chiara e unitaria.

Di qui la costruzione della questione di massima di rilevante importanza che, nella sostanza, consiste nella costruzione del seguente interrogativo del tutto peculiare: se, in seguito all'apprezzamento di inesistenza dell'uso normativo, compiuto con la sentenza del 1999 dalla Cassazione e confermato dalle successive sentenze, le clausole contrattuali anatocistiche dei rapporti contrattuali in corso negli anni precedenti al 1999 siano nulle o possano, al contrario, ritenersi valide per il fatto che, sino al momento dell'emissione della citata sentenza del 1999, era esistente un uso normativo, poi venuto meno con la sentenza della Cassazione.

Per dare corpo ad una tale invero singolare questione, la banca ha dovuto ricorrere ad impostare una censura quanto mai macchinosa: da un lato la Cassazione stessa bene avrebbe fatto nel 1999 a dichiarare inesistenti gli usi normativi anatocistici ma, dall'altro lato, male avrebbe fatto la Cassazione a rilevare l'erroneità della precedente giurisprudenza, la quale a tutto vedere è costituita da un numero limitato di sentenze di carattere tralatizio emesse dalla Cassazione dal 1981 al 1998.

Per questa via la banca arriva alla singolare conclusione che la Cassazione, allorquando decise che le clausole anatocistiche del contratto di conto corrente bancario dovevano considerarsi nulle perché non trovavano giustificazione in un corrispondente uso normativo, avrebbe dovuto dichiarare contemporaneamente anche il contrario, vale a dire che però sino alla data di quella stessa pronuncia un uso anatocistico trimestrale era esistente.

A ben vedere nessuna delle sentenze della Cassazione dal 1999 si era mai addentrata in siffatte distinzioni, che risultano del tutto estranee alla competenza ed al campo d'azione della giurisprudenza.

Le diverse sentenze, emesse dalla Cassazione dal 1999 in poi, infatti, nel fornire una motivazione all'accertamento dell'inesistenza degli usi normativi, certamente non ignorano, anzi non possono che prendere posizione (come del resto sempre avviene in ogni pronuncia della Cassazione) sulle precedenti pronunce di contenuto e orientamento diverso. Inoltre, non si vede proprio come potrebbe il giudice, nel momento in cui dichiara un'interpretazione opposta alla precedente, anche affermare la condivisione delle precedenti interpretazioni, se non con la violazione di ogni regola logica. In realtà siffatti ragionamenti sono il risultato dell'exasperazione del significato e della portata del mutamento di un orientamento giurisprudenziale, che si è avuto nel 1999, al solo fine di costruire una questione di massima di particolare importanza per poter sottoporre sotto un'apparente nuova luce la vecchia questione già decisa dal 1999 dalla Cassazione.

Al fine di riproporre la questione dell'esistenza dell'uso normativo, si dichiara-

ra di condividere l'attuale tesi della Cassazione, che nega l'esistenza dell'uso normativo anatocistico ma, nello stesso tempo, si ipotizza una sua esistenza passata, e si rimprovera alla Cassazione non tanto di avere cambiato orientamento sull'esistenza o meno di usi normativi anatocistici, ma di avere esplicitamente o implicitamente dichiarato che il passato orientamento, se non altro perché opposto a quello attuale, non è condiviso e risulta erroneo.

La banca ha quindi disegnato e seguito questo non certo semplice e lineare itinerario processuale e interpretativo nell'intento di raggiungere il risultato di cambiare e restaurare la giurisprudenza della Suprema Corte sul tema dell'anatocismo, ma solo apparentemente, senza incidere sulla giurisprudenza affermata dal 1999 in poi.

Se infatti le Sezioni Unite avessero ritenuto valido ed esistente un uso normativo anatocistico sino al 1999, la banca sarebbe riuscita nell'intento di compiere una saldatura tra la pratica anatocistica prima del 1999, la quale verrebbe di nuovo giustificata sulla base degli usi normativi, e la pratica anatocistica ritenuta dalla banca consentita dalla legge successivamente all'intervento legislativo del 1999.

In conclusione, l'enucleazione della questione di massima di particolare importanza è il punto d'arrivo di un'artificiosa interpretazione della serie di sentenze che dal 1999 in poi hanno accertato l'inesistenza dell'uso. Secondo la banca queste ultime sentenze bene hanno fatto ad accertare l'inesistenza dell'uso, ma nello stesso tempo – secondo la stessa banca – la Cassazione avrebbe errato nel ritenere che, anche negli anni precedenti a quelli in cui la Cassazione nel 1999 decideva, l'uso fosse del pari inesistente.

In realtà la costruzione della banca appare tutt'altro che convincente. La Cassazione, nelle sentenze che dal 1999 hanno affermato e confermato il *revirement*, non ha infatti limitato il suo accertamento al momento temporale della pronuncia ma ha bensì verificato l'inesistenza dell'uso, con la chiara motivazione che esso, al momento dell'entrata in vigore del codice del 1942, non esisteva e che non solo non si era formato, ma neanche poteva formarsi, considerato il divieto dell'art. 1283 c.c. La banca, al contrario, ripetiamo, evidentemente al solo fine di poter creare una questione suscettibile di poter essere assegnata alle Sezioni Unite, sostiene che la Corte, con le sentenze dal 1999 in poi, avrebbe fornito contemporaneamente non una ma due decisioni atomisticamente separate, la prima (che la banca ricorrente afferma di condividere) di accertamento dell'inesistenza «attuale» (nel 1999) dell'uso, la seconda di valutazione di erroneità della precedente giurisprudenza tollerante verso le clausole trimestrali. La banca sostiene quindi di condividere la prima valutazione, in realtà al solo fine di poter sottoporre alle Sezioni Unite, quale questione di massima di particolare importanza, la seconda valutazione che la banca vorrebbe di validità ed esistenza dell'uso anatocistico sino al 1999.

La ricostruzione dell'artificioso itinerario seguito per ottenere l'assegnazione alle Sezioni Unite è anche rilevante per comprendere il contenuto e la portata

della decisione delle Sezioni Unite. Queste ultime si sono trovate a decidere le due seguenti questioni di diritto: *a*) se negli anni precedenti alle decisioni prese dalla Cassazione dal 1999 in poi, un uso normativo anatocistico (che la banca assume come originariamente esistente) esistesse; secondo siffatta tesi, in quegli anni l'adesione da parte della clientela alle pratiche contrattuali bancarie configurava nella generalità dei clienti il convincimento che queste fossero espressione di norme giuridiche obbligatorie (*opinio juris*), piuttosto che essere disposizioni di carattere negoziale; *b*) se un uso normativo sia stato creato dalla stessa giurisprudenza anteriore al 1999, in quanto, sempre secondo tale tesi, il ripetersi di un orientamento giurisprudenziale, che riconosce l'esistenza dell'uso, comporterebbe la stessa creazione dell'uso.

Entrambe le questioni, la prima formulata come più generale e assorbente, la seconda come più specifica e residuale, investono la valutazione di uno degli elementi dell'uso normativo, vale a dire dell'elemento spirituale che consiste nella convinzione che l'osservanza di quel comportamento costituisca un obbligo giuridico (*opinio juris ac necessitatis*), mentre l'elemento materiale è costituito dalla ripetizione qualificata del comportamento e risiederebbe poi nello stesso fatto che nelle condizioni generali del contratto, contenute nei moduli di cui la banca ottiene l'adesione dai clienti, fosse prevista la clausola anatocistica a favore della banca.

Le Sezioni Unite escludono che da siffatti elementi ed argomentazioni possa essere dedotta la creazione e la sussistenza, negli anni antecedenti al 1999, di un uso normativo. Quanto al primo argomento, secondo la sentenza in esame, le modificazioni della giurisprudenza e legislazione degli anni Novanta, caratterizzate dalla valorizzazione della buona fede, dalla protezione del contraente debole, dalla tutela specifica del consumatore, dalle prime applicazioni della disciplina della trasparenza bancaria, dalla disciplina di tutela contro l'usura, hanno certamente contribuito a sviluppare la sensibilità degli utenti bancari, ed in genere dei contraenti deboli, rispetto ad una negozialità economica diffusamente imposta da contraenti forti. Allo stesso tempo, rilevano le Sezioni Unite, il diffondersi e consolidarsi della sensibilità e della consapevolezza dei contraenti deboli sul tema della contrattazione di massa non comporta che sino ad allora le pratiche negoziali delle banche fossero percepite dagli aderenti come conformi al diritto e soprattutto che esse fossero accettate dai clienti sulla base della convinzione che le condizioni imposte dalle banche fossero espressione di una regola giuridica.

È questo uno dei passaggi più importanti della sentenza in esame che certamente verrà a costituire un significativo punto di riferimento per il metodo e la sensibilità della futura giurisprudenza, come pure per le stesse elaborazioni della dottrina.

L'accettazione delle clausole anatocistiche da parte degli utenti bancari attraverso l'adesione ai contratti bancari predisposti non significa in realtà che la clausola anatocistica sia intesa quale uso normativo e quindi come regola giuri-

dica autonoma e dotata di sua forza vincolante al di fuori del contratto che la impone al cliente. Inoltre l'accettazione che il cliente manifesta con l'adesione alle condizioni generali di contratto non può neanche essere intesa quale espressione di un autentico accordo contrattuale, nel quale confluiscono bilateralmente le volontà della banca e del cliente, bensì è espressione della mera sottomissione del cliente a regole che sono nella totale disponibilità della banca, in relazione alle modalità ed ai costi relativi alle prestazioni offerte dalla banca.

Secondo le Sezioni Unite, tali clausole contrattuali contenute nei contratti predisposti dalla banca sono avvertite dal cliente come regole che vengono unilateralmente create dalla banca, la quale ne ottiene la accettazione sulla base di una meramente formale adesione. La stessa adesione, piuttosto che essere frutto della libera autodeterminazione, è la regola unilateralmente imposta dalla banca quale condizione imm modificabile per poter usufruire dei servizi e delle prestazioni connesse al contratto bancario cui queste regole accedono.

Si tratta di una contrattazione che le Sezioni Unite (con una felice espressione che certamente entrerà nel linguaggio e nella terminologia più comune) definiscono basata sulla «regola del prendere o lasciare», proprio per l'impossibilità del cliente di influire minimamente su clausole contrattuali non negoziate e non negoziabili, in quanto, come ha già affermato la Cassazione in un'altra sentenza sull'anatocismo, in questi contratti la sottoscrizione costituisce al tempo stesso presupposto indefettibile per accedere ai servizi bancari.

Il fatto, quindi, che i clienti delle banche abbiano sopportato l'onere della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi non è certo un elemento idoneo a costituire l'elemento materiale sul quale l'uso deve pur sempre formarsi. La ripetuta e costante osservanza (quand'anche fosse protratta per anni e anni) di un principio imposto secondo la «regola del prendere o lasciare» non è idoneo a dare fondamento agli usi. Non si tratta infatti di un comportamento che i clienti seguono perché ritengono di doversi attenere ad un principio di diritto preesistente e non scritto o perché ritengono di doversi attenere ad una disposizione contrattuale alla quale essi stessi hanno concorso, da loro stessi determinata, ma, al contrario, solo perché a tale regola (creata dalla banca e nella totale disponibilità della banca) debbono sottostare per poter accedere ed usufruire del servizio bancario, del quale la clientela, tra l'altro, non poteva neanche fare a meno.

Le argomentazioni della sentenza, che sottolinea come l'adesione del cliente alla clausola anatocistica sia il risultato della necessità di aderire al contratto bancario e non certo della convinzione di giuridicità della pratica anatocistica, sono rilevanti e gravide di conseguenze per poter assegnare il giusto rilievo all'elemento cosiddetto soggettivo o spirituale dell'uso solitamente indicato nell'*opinio juris ac necessitatis*.

Il procedimento di adesione alle condizioni generali unilateralmente predisposte risulta antitetico alla formazione dell'uso normativo. Infatti, agli articoli che portano all'esclusione della sussistenza del requisito soggettivo dell'uso si

accompagna anche la valutazione del significato e della portata del comportamento tenuto dalle parti: infatti una volta verificatasi l'adesione al contratto predisposto, il comportamento dell'aderente di adempimento del contratto è posto in essere non già per rispettare una regola non scritta, qualità essenziale e caratterizzante qualsiasi tipo di uso, ma per adempiere all'obbligo imposto dalla legge di rispettare le prescrizioni contrattuali vigenti.

Allorquando si affronta il tema dell'individuazione di un uso normativo sorge il problema se il fatto consistente nella ripetuta osservanza di una regola contrattuale possa non solo essere valutato quale normale adempimento del contratto, ma anche quale elemento rilevante per la formazione di un uso normativo. Invero, se ci si affida al fatto della ripetizione nell'osservanza di una regola contrattuale vi è il rischio di far assurgere a consuetudine tutta una serie di fattispecie ed eventi insuscettibili di essere compresi in tale qualificazione.

In altre parole, dedurre dall'osservanza ripetuta di una regola contrattuale la presenza di un uso normativo è superficiale e soprattutto arbitrario. Infatti, la ripetizione è un accadimento – particolarmente nella società attuale – frequente quanto la stessa contrattazione, mentre l'uso normativo – specie oggi, dove tutto è regolato da norme di legge o norme di contratto – è una categoria che può vivere solo in ben protette nicchie, nelle quali l'autonomia dei privati gode ancora della libertà di potersi esprimere con regole non scritte.

Infatti il vincolo giuridico deriva per l'aderente unicamente dall'efficacia che la legge attribuisce al contratto unilateralmente predisposto, in quanto è stato osservato il particolare *iter* formativo degli artt. 1341 e 1342 c.c. e non deriva certo dal fatto che l'aderente condivide con il predisponente una regola la quale, piuttosto che essere condivisa, viene imposta all'aderente, che infatti la subisce, quale conseguenza di un atto di sottomissione – come lo definiva Asquini nel 1941²⁸⁷ – richiesto dal sistema della contrattazione di massa che esclude l'aderente dalla determinazione del contratto, il quale resta, per riprendere un'espressione della Relazione al codice civile del 1942, alla mercé del predisponente²⁸⁸.

D'altro canto, la tesi che talora è stata proposta, volta a svalutare o addirittura

²⁸⁷ V. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le clausole d'uso*, ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Padova, 1936-1961, 375.

²⁸⁸ Le parole della Relazione al codice civile del 1942 del Guardasigilli (n. 612), a più di sessanta anni di distanza, suonano quanto mai attuali: «Il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica (...) l'esigenza di semplificare l'organizzazione e la gestione delle imprese, inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunciare all'affare. Un tal metodo di conclusione del contratto non deve ritenersi illegittimo solo perché non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole, ma costringe ad accettare patti preordinati (...) Ma la pratica dei contratti per adesione ha dato luogo ad abusi nei casi in cui gli schemi prestabiliti contengono clausole che mettono i clienti alla mercé dell'imprenditore. La giurisprudenza ha reagito come ha potuto contro detti abusi, allargando talora il concetto di illiceità e altre volte affermando la mancanza di consenso su alcuni patti onerosi (...)».

ra ad escludere l'*opinio juris ac necessitatis* quale componente cosiddetta soggettiva o spirituale dell'uso, se proiettata nella prassi oggi quanto mai diffusa della contrattazione attraverso condizioni generali di contratto, avrebbe come illogica ed inaccettabile conseguenza che sostanzialmente tutte le regole contenute nei contratti predisposti, solo perché diffusamente e ripetutamente accettati (con le modalità che abbiamo visto) ed eseguiti, potrebbero essere considerati usi normativi, in quanto solo per il loro carattere ripetitivo e diffuso sarebbero suscettibili di integrare l'elemento materiale dell'uso.

Al contrario, è proprio l'elemento della condivisione dell'*opinio juris* che consente di distinguere e dare senso e rilevanza alla ripetizione dei comportamenti e all'osservanza di regole che di per sé nella società contemporanea, per la diffusione e frequenza dei contratti e dei rapporti di massa, sono assolutamente generali e frequenti.

Inoltre, il riferimento alla condivisione dell'*opinio juris* consente di escludere che l'accettazione del contratto predisposto sia suscettibile di dare luogo alla formazione di un uso normativo, in quanto in tutto il sistema della contrattazione predisposta l'obbligatorietà delle regole discende non dalle tipicità e diffusione dei comportamenti delle parti, ma solo in forza della specifica approvazione del contratto e comunque dell'adesione realizzata sul piano giuridico secondo i criteri degli artt. 1341 e 1342 c.c., e sul piano economico indotta dalla necessità di accedere a risorse il più delle volte indispensabili ed infungibili per l'organizzazione e per lo svolgimento di qualsiasi attività nel mercato.

Questo comporta che l'inserimento unilaterale di clausole nel contratto preclude di per sé che l'aderente possa giustificare la giuridicità della regola su presupposti diversi dalla stretta vincolatività che deriva dal contratto cui ha dovuto aderire. Di qui la conseguenza, pertanto, che la pratica della contrattazione attraverso condizioni generali di contratto risulta ostativa alla formazione dell'uso normativo.

In ogni caso, e sotto altro versante, va pure considerato che le critiche mosse all'elemento dell'*opinio juris ac necessitatis*, quale elemento costitutivo (assieme all'elemento materiale) dell'uso normativo, hanno certamente costituito un utile contributo per la comprensione di una categoria normativa che più di ogni altra è influenzata nella sua portata e nel suo significato dalle modificazioni che si verificano nei rapporti di forza su cui si assestano le diverse categorie e classi sociali nei vari periodi storici.

Considerata dunque l'impossibilità di dare una definizione unitaria della fonte uso-consuetudine – alla quale, in relazione agli interessi che man mano sono risultati prevalenti, è stata riconosciuta una ben diversa efficacia e rilevanza nel processo di formazione dell'uso stesso rispetto alle altre fonti del diritto – si deve ritenere che le critiche che sono state spesso mosse a questa vetusta quanto nobile categoria normativa risultano inappropriate e soprattutto poco conclusive. Infatti esse, piuttosto che tenere conto delle peculiarità e delle profonde evoluzioni dell'uso in modo da relativizzarne la definizione alla luce del significato

storico di cui l'uso è carico, sembrano ritenere sufficiente una attenzione prevalentemente formale e dogmatica, come se l'uso e la consuetudine fossero categorie normative suscettibili di essere apprezzate in una astratta e formale immutabilità piuttosto che nella contingenza del variegato e spesso contraddittorio percorso della storia²⁸⁹.

Esse, per la verità, appaiono esprimere una comprensibile difficoltà a rendere operativamente efficiente ed efficace un elemento come l'*opinio juris* sino ad ora costruito quale elemento meramente psicologico. A questo proposito è evidente che il valore descrittivo di formule che hanno la funzione di tratteggiare, in termini generali e spesso volutamente retorici, stati soggettivi quali l'*opinio juris ac necessitatis* – ma si potrebbe dire lo stesso per l'*animus possidenti*, l'*animus derelinquendi*, l'*animus donandi* – può apparire inappagante o addirittura banale nel momento in cui si pretende di riscontrare il contenuto letterale di tali definizioni nelle modalità di comportamento dei singoli interessati.

Di fronte ad una categoria giuridica che si basa su caratteri così pragmatici e contingenti, quali la ripetizione e la diffusione di un comportamento, unita ad una partecipazione soggettiva individuale e di massa nello stesso tempo, le analisi critiche condotte con gli strumenti della teoria generale inevitabilmente tradiscono una vischiosità concettuale che finisce per frenare, piuttosto che agevolare, la comprensione dell'istituto della consuetudine in vista della sua corretta applicazione pratica.

Pensiamo, ad esempio, alle analisi critiche di Bobbio, quando ha affermato che l'*opinio juris* dovrebbe contribuire a costituire una norma giuridica che però, nello stesso tempo, la stessa *opinio* dovrebbe presupporre²⁹⁰; oppure alle analisi di Pavone La Rosa che lamentava nella sostanza l'impossibilità di rinvenire negli elementi costitutivi dell'uso un univoco e ben definito elemento psicologico suscettibile di essere univocamente provato²⁹¹.

In entrambi i casi si tratta di critiche che purtroppo restano sterili di risultati sul piano ricostruttivo e non forniscono aiuto a coloro che poi queste categorie normative devono applicare in concreto. Non va dimenticato, infatti, che l'unico effettivo e rilevante banco di prova di ogni argomentazione giuridica, considerato il carattere pratico della nostra disciplina, consiste nella verifica dei vantaggi che gli sforzi e le innovazioni concettuali possono fornire nell'applicazione delle regole giuridiche stesse e quindi, nel nostro caso, nell'identificazione dell'uso normativo quale regola di diritto, rispetto al quale le critiche accennate non hanno poi fornito criteri nuovi e più efficienti di identificazione di differenziazione.

²⁸⁹ Sulla storicità del ruolo assegnato agli usi nell'ambito della gerarchia delle fonti quale frutto delle condizioni storiche man mano prevalenti, v. LA ROCCA, *L'anatocismo. Dall'inadempimento ai contratti di credito*, Napoli, 2003, 23.

²⁹⁰ BOBBIO, «Consuetudine (teoria generale)», in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 426.

²⁹¹ PAVONE LA ROSA, «Consuetudine (usi normativi e negoziali)», cit., 513.

In realtà, l'*opinio juris* è uno strumento per veicolare all'interno dell'istituto della consuetudine i valori e i principi dell'ordinamento giuridico. Più chiaramente, l'*opinio juris* è una grande e consolidata metafora, attraverso la quale i giuristi hanno selezionato le regole non scritte degne di essere applicate quali norme di diritto. Sennonché, a loro volta, queste regole rispecchiano il modo in cui sono stati composti gli interessi concreti ed in conflitto tra loro, di guisa che la selezione della regola si traduce nella selezione degli interessi che di tempo in tempo sono venuti a prevalere nell'ordinamento giuridico²⁹².

Ed oggi, proprio alla luce della giurisprudenza della Corte sul caso dell'uso normativo anatocistico e, quindi, ora della sentenza delle Sezioni Unite, come pure alla luce delle più ampie e diffuse sensibilità scaturite dalla complessiva evoluzione del quadro normativo, si deve ritenere che l'*opinio juris ac necessitatis*, comunque la si voglia rappresentare – come opinione collettiva o come convincimento diffuso –, sempre più si rivela quale «metafora riassuntiva» di un carattere di giuridicità che non deriva da vincoli in qualunque modo imposti, ma proprio dal fatto contrario e cioè che il comportamento di osservanza di una regola è realizzato dai privati in assenza di vincoli che impongano tale comportamento.

L'*opinio juris* si nutre, in altre parole, di libertà e di alternative. Ma questo elemento è quello che contraddistingue e separa la sensibilità di oggi rispetto al passato. Libertà e alternativa, infatti, significano oggi effettiva possibilità di scelta per il contraente tra prestazioni diverse o tra modalità diverse della stessa prestazione; significano comparabilità tra le diverse soluzioni contrattuali in un mercato che renda distinguibili le proposte concorrenziali da quelle marginali.

Non basta quindi rinvenire una ripetitività del comportamento, ma occorre valutare, sulla base dei principi esposti, se quel comportamento ripetitivo è stato posto in essere in un contesto in cui quei valori di concorrenzialità di mercato, di libertà contrattuale sono effettivamente sussistenti.

Ci rendiamo ben conto che diversa poteva essere la sfaccettatura dell'*opinio juris* in altri e passati contesti storici, nei quali l'ordinamento giuridico non conosceva principi, strumenti e tutele per contrastare le regole imposte dal contraente di fatto e di diritto sovraordinato rispetto all'aderente e che oggi con formula sintetica chiamiamo «contraente forte»: si trattava, infatti, di una società dove il subire regole unilateralmente imposte era di per sé una consuetudine,

²⁹² Va, dunque, recuperata e valorizzata fino in fondo l'intuizione di CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*⁴, II, 1, Padova, 1976, 130, secondo il quale il silenzio serbato dal legislatore intorno ai requisiti dell'uso (nessuna definizione dell'uso è fornita infatti né dagli artt. 1, 8 e 9, disposizioni sulla legge in generale, né tantomeno nei circa cento richiami agli usi contenuti nel codice civile) lascia l'interprete libero di stabilire i criteri per l'individuazione dell'uso stesso: con ciò il Maestro indica il presupposto di diritto positivo di quella intrinseca storicità dell'uso cui si è già fatto cenno in precedenza nel testo, storicità dunque che consente di valutare con una sensibilità suscettiva di evoluzione a seconda dei cambiamenti economico sociali, il livello di spontaneità e di consapevolezza nella condivisione dell'uso.

mentre, al contrario, viviamo oggi in una società nella quale sta divenendo sempre più consuetudine rinvenire nell'ordinamento strumenti per contrastare regole imposte e sperequate.

L'*opinio juris* indica un comportamento che viene seguito da una sufficientemente vasta platea di contraenti nell'ambito di diversi comportamenti possibili, in guisa che la ripetizione diffusa e condivisa di una delle scelte possibili finisce, attraverso la ripetizione, a dare fondamento all'uso: ciò, nel nostro caso, non può ritenersi avvenuto quando le banche hanno deciso di attribuire ai clienti una maggiore onerosità del finanziamento attraverso il conteggio trimestrale degli interessi a carico dei clienti il cui conto fosse a debito. Questa decisione infatti è stata subita dai correntisti e nessuno ha mai potuto pensare che questi ultimi abbiano potuto condividere o rifiutare tale pesante innovazione delle regole di conteggio degli interessi che, sulla base di un comportamento uniforme, fu applicato da tutte le banche. Per riprendere ancora le parole della Relazione al codice civile, si tratta di regole e di prassi rispetto alle quali i clienti si sono trovati – in senso tecnico – alla mercé delle banche proprio perché nessuna alternativa di comportamento e di scelta era consentita rispetto ad una regola che costituiva addirittura una modalità della erogazione del servizio e di esecuzione della prestazione da parte della banca.

Proprio per questo carattere e per questo motivo, risulta sempre più difficile la formazione di usi e la loro diffusione nei rapporti contrattuali. Su di essi incombe poi la diffidenza di un'utilizzazione non conforme alle esigenze di trasparenza e per di più, come dimostra la vicenda dell'anatocismo, unilateralmente onerosa per il contraente debole: di qui il ripetuto divieto agli usi espressamente previsto nella legislazione bancaria e nell'intermediazione finanziaria, che ha quindi definitivamente bandito dai contratti bancari la fonte consuetudinaria.

Il principio che, quindi, emerge con indubbio rilievo da questa pronuncia è che nella società contemporanea e nel sistema del codice civile non vi è spazio per la formazione di usi normativi in presenza di una contrattazione realizzata attraverso condizioni generali di contratto. In particolare, la predisposizione unilaterale delle clausole contrattuali da parte del contraente forte esclude che il comportamento consistente nell'osservanza di clausole da parte del contraente debole possa essere inteso come elemento materiale di un atteggiamento volto ad aderire ad una regola per la quale lo stesso contraente debole nutre l'*opinio juris* della preesistente giuridicità. Al contrario, secondo le Sezioni Unite si tratta di un comportamento necessitato dall'opposta (così efficacemente definita) «regola del prendere o lasciare», e cioè di quella sottomissione contrattuale che uno dei padri più significativi della nuova codificazione chiamava «atto di assoggettamento».

Dobbiamo osservare che, proprio in relazione ai contratti bancari ed in particolare al contratto di conto corrente bancario, la «regola del prendere o lasciare» risulta ancor più pregnante e decisiva se solo si considera che l'instaurazione di

un rapporto di conto corrente bancario nella società contemporanea è per qualsiasi cittadino una vera e propria necessità di carattere economico e sociale nello stesso tempo. Da tempo, infatti, la circolazione e quindi la detenzione della moneta contante viene fortemente scoraggiata, ed addirittura vietata dall'ordinamento giuridico, tranne che per importi che si possono considerare sostanzialmente bagatellari rispetto alla complessiva circolazione di valuta. Infatti, sia il pagamento, sia la detenzione di somme di denaro di importo superiore ad una soglia assai contenuta è vietata nell'ordinamento per i noti motivi ed esigenze connesse a tutti i profili di ordine pubblico ed economico definiti quali misure antiriciclaggio.

Ciò ha comportato che l'intera disciplina dei pagamenti, delle retribuzioni lavorative, delle pensioni, delle stesse imposte, anche per ragioni di maggiore efficienza, trasparenza e rapidità, non comportano più la circolazione del contante ma solo annotazioni di moneta scritturale a debito e a credito dei conti correnti bancari degli interessati. La stessa utilizzazione della moneta contante sotto forma di banconote si realizza attraverso un servizio bancario quale il bancomat, il quale non è neanche ipotizzabile se non quale servizio collegato ed accessorio rispetto al conto corrente bancario, con la conseguenza che anche quella residua e assai contenuta circolazione di contante si realizza attraverso il conto corrente bancario che pertanto costituisce nella società contemporanea uno dei rapporti contrattuali più frequenti e diffusi.

Ne consegue, quindi, che il contratto bancario costituisce uno strumento delle relazioni umane, che conferisce al soggetto giuridico la legittimazione ad agire sul mercato e di essere identificato sul mercato stesso. Il contratto bancario, a ben vedere, costituisce lo strumento necessario in senso assoluto per interagire nella società per qualsiasi atto anche della più elementare disposizione economica. Quello che Cesare Vivante affermava per il diritto commerciale all'inizio dello scorso secolo, può essere oggi con altrettanta veridicità trasposto per il contratto bancario e per le regole che da questo la banca fa discendere per governare l'utilizzazione di ogni disponibilità monetaria; per riprendere le celeberrime parole di Vivante, si può ora dire che, attraverso il contratto bancario, passa qualsiasi atto economico della vita quotidiana e dalla nascita alla tomba («pel corteo battesimale, per la festa di nozze, per le onoranze dei morti», diceva Vivante), e, quindi, possiamo ora dire, per la soddisfazione di qualsiasi bisogno, dai più elementari ai più sofisticati, è sempre il contratto bancario che fa da contenitore di ogni nostra disponibilità, che funge da vascello per ogni nostro trasferimento, che addirittura ci conferisce l'identificazione e la legittimazione economica in qualsiasi mercato, in quanto il mercato sa ormai leggere solo le coordinate bancarie del conto corrente o la serie dei numeri della carta di credito o delle carte di debito (le quali possono esistere solo in quanto collegate ad un conto), ma non la carta d'identità, in quanto l'identificazione del soggetto giuridico poco o nulla può nel mercato senza l'identificazione della titolarità di un conto bancario.

Di qui il carattere assolutamente assorbente della «regola del prendere o lasciare» indicata quale elemento saliente dalle Sezioni Unite, che rende impossibile per il cliente anche soltanto ipotizzare che le condizioni del contratto bancario possano minimamente essere modificate rispetto a quanto stabilito dal predisponente. Infatti, nessun privato potrebbe mai lontanamente discutere e contestare, all'atto della cosiddetta «accensione del conto» allo sportello della banca, alcuna clausola contrattuale bancaria (del resto questa espressione – accensione del conto –, entrata nel *jargon* di tali rapporti di durata, bene esprime l'obiettivo difficoltà di ritrovare in questo tipo di contrattazione quelle caratteristiche di partecipazione della volontà che caratterizzano la conclusione del contratto come incontro di volontà).

Di qui la conseguenza che clausole contrattuali, quali quelle anatocistiche, non sono certo per il cliente regole condivise, ma piuttosto costituiscono una regola unilaterale di comportamento della banca con cui questa attribuisce onerosi costi, senza che il cliente possa neanche comprendere la portata e l'incidenza, considerata anche l'asimmetria informativa tra le parti che contraddistingue tali contratti predisposti unilateralmente.

In costanza di queste condizioni di contrattazione così segnate dalla predisposizione unilaterale e neanche trasparente delle regole contrattuali imposte, la condivisione delle regole e la partecipazione alla sua formazione risulta del tutto impedita dalle stesse circostanze e condizioni in cui la regola viene stabilita a carico del cliente. Infatti, l'osservanza della regola anatocistica non è certo il risultato della condivisione da parte dei clienti della regola, ma più semplicemente del fatto che il cliente soddisfa il suo bisogno (come abbiamo visto assolutamente necessitato) di fruizione del servizio bancario solo alle condizioni stabilite dalla banca, con la conseguenza che l'anatocismo, come pure altre numerose clausole del contratto, sono per il cliente il prezzo o, per meglio dire, una delle componenti del prezzo di cui il cliente stesso si deve onerare per conseguire la fruizione del servizio.

Vi è peraltro da aggiungere che, a ben vedere, clausole come quella anatocistica non individuano neanche una prestazione ma una vera e propria modalità della prestazione che mai potrebbe essere cambiata a livello individuale dai singoli clienti, come invece, sia pure con qualche difficoltà, è possibile ipotizzare per la stessa determinazione del corrispettivo degli interessi o del volume o frequenza delle commissioni, il cui ammontare o la cui frequenza potrebbe pur sempre essere aumentato o diminuito (come del resto talora, non certo di frequente, avviene) per effetto di una contrattazione diretta e bilaterale con la banca. L'anatocismo trimestrale è, al contrario, una regola di capitalizzazione degli interessi prodotti alla fine del trimestre ogni qualvolta il cliente si trovi a debito verso la banca: è una regola di conteggio degli interessi certamente insuscettibile di essere modificata *singulatim*, rispetto alla quale il cliente non compie alcun atto e tantomeno dichiarazione di volontà dal quale si possa, anche in modo meramente formale, ipotizzare una bilateralità nella creazione e condivisione della

regola. Si tratta di una regola per la quale non è neanche possibile ipotizzare un'attività di fondazione dell'uso da parte del cliente, in quanto la sua determinazione risale alla decisione unilateralmente presa dalla banca in ordine alle modalità in cui la banca intende far pesare la sua prestazione sul cliente, nell'erogazione della prestazione contrattuale relativa al servizio di conto corrente bancario.

L'anatocismo trimestrale è infatti solo ed unicamente una modalità di conteggio che permette alla banca di addebitare con maggiore o minore frequenza il conto passivo del cliente di interessi, con l'effetto più che noto di far aumentare progressivamente l'esposizione debitoria del cliente che non potrà mai sottrarsi a tale modalità se non evitando di far andare a debito il conto, e cioè appunto rifiutando drasticamente ed integralmente di usufruire dei finanziamenti connessi al conto corrente bancario.

Appare dunque evidente che anche quelle argomentazioni spesso sostenute per giustificare la formazione di un uso normativo anatocistico, che si sarebbe basato sulla ripetizione del comportamento delle parti, risultano del tutto insufficienti ed inadeguate in quanto la ripetizione può essere uno degli elementi materiali che resta però insufficiente in mancanza degli altri elementi costitutivi dell'uso normativo che sono, al contrario, di vitale importanza.

Nella controversia che ha dato luogo alla pronuncia delle Sezioni Unite la banca avanza un altro argomento, quello secondo cui sarebbe stata la reiterata applicazione giurisprudenziale a creare l'uso normativo.

Tale tesi dovrebbe trovare il suo fondamento nel fatto che, negli anni antecedenti al 1999, le sentenze della Cassazione hanno riconosciuto l'uso normativo anatocistico e, nello stesso tempo, la giurisprudenza di merito non contestava i calcoli anatocistici del credito bancario.

Tale atteggiamento della giurisprudenza avrebbe comportato, secondo la banca, la formazione di un uso normativo, tanto sotto il profilo materiale (identificato nella frequenza dei procedimenti monitori che accettavano il calcolo anatocistico fornito dalle banche ricorrenti del debito oggetto dell'ingiunzione), quanto sotto il profilo cosiddetto spirituale-oggettivo, in quanto tale applicazione giurisprudenziale sarebbe stata suscettibile di creare nella collettività il convincimento della stessa creazione ed esistenza dell'uso.

In senso contrario, va osservato che è nota l'importanza del precedente giurisprudenziale quale elemento che certamente viene sentito rilevante anche al di là delle parti che hanno partecipato al giudizio nel quale il precedente è stato creato. Ma il fondamento di tale rilevanza risiede nel fatto che i privati, nel regolare i loro rapporti, tendono a tenerne conto assieme alla legge o addirittura con prevalenza rispetto alla legge, al fine di valutare quelle che potranno o potrebbero essere i principi cui lo stesso giudice o altri giudici, in futuro, potrebbero ispirarsi nel decidere una controversia basata sulla stessa o simile fattispecie.

Il precedente giurisprudenziale può comportare, dunque, la creazione di importanti principi di diritto, i quali, come del resto è accaduto pressoché in tutti i

settori dell'ordinamento, spesso si sono sovrapposti alle stesse norme giuridiche, completandole, arricchendole e talora correggendole, fino a divenire una regola di diritto di fonte giurisprudenziale solitamente definito con la suggestiva espressione «diritto vivente».

L'espressione «diritto vivente», che costituisce anche essa una delle grandi metafore sapientemente utilizzate dai giuristi, ha la funzione di evocare la creazione da parte della giurisprudenza di principi cui la stessa giurisprudenza darà seguito con l'applicazione alle fattispecie concrete. Questi principi giurisprudenziali sono cosa diversa rispetto alla norma giuridica: i primi indicano un procedimento interpretativo professato con maggiore o minore autorevolezza in un certo ambiente ed in una certa epoca storica (ad es., «la giurisprudenza milanese», «la giurisprudenza romana», «la giurisprudenza della cassazione»; si pensi, ad esempio, alla tradizione delle diverse «prassi fallimentari»), la seconda – sembra inutile doverlo ricordare – indica un mero precetto.

In questa prospettiva, anche il più netto, univoco e consolidato principio di diritto giurisprudenziale non è, e non sarà mai, un precetto giuridico, bensì potrà soltanto indicare e riassumere un criterio interpretativo rispetto al quale possono essere compiute solo valutazioni di ragionevole prevedibilità sulla possibilità che tale interpretazione continui ad essere affermata e seguita nel futuro anche da altri o dagli stessi giudici. La decisione del giudice, se pure viene presa tenendo conto della tradizione delle decisioni già prese dalla giurisprudenza (in quanto, come tutte le prestazioni professionali, anche quella del giudice non può non fare tesoro del patrimonio professionale del settore e cioè delle esperienze interpretative della giurisprudenza), è pur sempre un'attività di ermeneutica della norma di legge rispetto alla fattispecie concreta.

L'attività di interpretazione in ogni caso verifica, di volta in volta, la corrispondenza tra il caso concreto e la tradizione interpretativa, della quale comunque il giudice accerta l'attualità e la sua giustificazione complessiva, come pure la sua idoneità a dare una soluzione alla fattispecie omogenea o comunque compatibile con il contenuto e le esigenze della legge. Né, come è noto, il complesso delle decisioni della giurisprudenza, né l'attività della giurisprudenza creano quindi norme giuridiche; né, d'altro canto, si può ritenere che il convincimento, che nei consociati si può venire a formare sull'esistenza di un principio giurisprudenziale, ha, quale effetto, il sorgere di un uso normativo.

In altre parole, l'efficacia del diritto vivente si misura sull'ampiezza della sua condivisione e sul livello di prevedibilità di essere confermato in futuro, mentre tali caratteri sono del tutto estranei alla norma giuridica, che esaurisce la sua funzione ed il suo significato nel comando precettivo.

L'apprezzamento di vincolatività giuridica, che può essere fatto dai consociati in relazione a massime della giurisprudenza, investe infatti pur sempre un'attività di applicazione delle norme giuridiche e non di creazione delle stesse: ciascuno di fronte ad una consolidata giurisprudenza può ritenere prevedibile l'applicazione da parte del giudice di un principio di diritto già precedente-

mente affermato, ma l'*opinio* che accompagnerà tale apprezzamento non può essere confusa con la *opinio juris ac necessitatis* che accompagna solo ed unicamente le norme giuridiche di diritto positivo e consuetudinario, che sono le uniche dotate di quel carattere di obbligatorietà e di doverosità proprio della norma giuridica.

La motivazione della sentenza delle Sezioni Unite esclude quindi che, nel periodo antecedente alle sentenze del nuovo orientamento iniziato nel 1999, la reiterazione dal 1981 al 1998 di alcune sentenze della Cassazione ammissive dell'uso normativo possa avere portato per effetto di tale ammissione alla creazione di un uso normativo. Alla giurisprudenza spetta, infatti, solo una funzione ricognitiva e non certo creativa degli usi stessi.

La valutazione di inesistenza dell'uso compiuta dalla più recente giurisprudenza della Cassazione non potrà trovare ostacolo nella diversa opinione professata dalla pregressa giurisprudenza, in quanto altrimenti si dovrebbe ritenere, e non si comprende sulla base di quali principi, che vi sarebbe stato un consolidamento *medio tempore* di una regola giuridica che troverebbe la sua fonte nelle pregresse sentenze.

Al contrario un siffatto consolidamento della giurisprudenza non si è verificato, né mai avrebbe potuto verificarsi, visto il carattere ed il limite delle decisioni giurisprudenziali, le quali non creano norme giuridiche ma decidono controversie; come pure è evidente che, allorquando la nuova giurisprudenza valuta come inesistente l'uso, necessariamente applicherà tale valutazione a tutte le fattispecie concrete che andrà a decidere, non costituendo certo un limite o un ostacolo il fatto che la pregressa giurisprudenza avrebbe potuto decidere la stessa fattispecie con una valutazione di esistenza dell'uso.

In questo senso la sentenza in commento afferma che «la ricognizione correttiva [dell'esistenza dell'uso] debba avere portata retroattiva, conseguendone altrimenti la consolidazione *medio tempore* di una regola che troverebbe la sua fonte esclusiva nella sentenza che, erroneamente presupponendola, l'avrebbe con ciò stesso creata».

Il riferimento alla retroattività ha quindi un significato meramente figurativo e traslato. Non si tratta infatti di estendere l'efficacia di una regola al passato, ma piuttosto di escludere che la valutazione di esistenza dell'uso della precedente giurisprudenza possa oggi condizionare o limitare il nuovo indirizzo giurisprudenziale che *naturaliter* troverà applicazione a tutte le fattispecie la cui soluzione dipende dall'accertamento dell'esistenza dell'uso normativo anatocistico. Del resto, se così non fosse, si arriverebbe all'ingiustificato e contraddittorio risultato che proprio quella giurisprudenza che *medio tempore* ha erroneamente affermato o, sarebbe meglio dire, non ha svolto un'adeguata analisi per verificare l'esistenza di usi che successivamente si è visto essere inesistenti, diverrebbe creatrice essa stessa degli usi, con la conseguenza di un singolare destino per i debitori della banca: prima, di avere subito l'applicazione delle pratiche anatocistiche per un'erronea interpretazione della giurisprudenza, e poi di doverla continuare a su-

bire anche dopo l'avvento di una giurisprudenza che ne ha riconosciuto l'erroneità, per il semplice fatto che il *decisum* di quelle precedenti sentenze, oggi non condivise e criticate, avrebbe subito una sua inammissibile e del tutto illogica e mai prevista cristallizzazione sotto forma di uso normativo.

Vi è da osservare, inoltre, che la passata giurisprudenza, solitamente descritta troppo facilmente in modo enfatico come una «giurisprudenza granitica», certamente non è stata una giurisprudenza così significativa, in quanto per i primi quarant'anni successivi all'entrata in vigore del codice non si rinvenivano decisioni della Cassazione in proposito e solo all'inizio degli anni Ottanta, con la sentenza 5-12-1981, n. 6631²⁹³, il problema approda in Cassazione.

Sennonché, come rilevato da Cass., 16-3-1999, n. 2374, già ricordata, la giurisprudenza non ha mai affrontato approfonditamente il tema dell'esistenza o meno dell'uso normativo avente ad oggetto la frequenza trimestrale della capitalizzazione degli interessi, ma si è limitata ad affermarne tralattivamente l'esistenza.

Di questa affermazione è agevole avere conferma se si leggono le motivazioni delle sentenze emesse tra il 1981 ed il 1998²⁹⁴: la prima di tali sentenze (la già ricordata Cass., 5-12-1981, n. 6631) si limita ad un apodittico riferimento alla «comune esperienza». Ciò è stato sufficiente per Cass., 5-6-1987, n. 4920 per invocare «la giurisprudenza di questa Corte»²⁹⁵; mentre in altri casi si è fatto un riferimento parimenti generico al «comune convincimento»²⁹⁶.

Si ha quindi la sensazione che quelle pronunce che dal 1981 al 1998 hanno ammesso l'anatocismo trimestrale devono essere viste, piuttosto che quale espressione di un granitico e convinto orientamento, quale momento di passag-

²⁹³ Cass., 5-12-1981, n. 6631 (*GC*, 1982, I, 380).

²⁹⁴ Oltre alla già richiamata Cass., 5-12-1981, n. 6631, debbono ricordarsi: Cass., 19-8-1983, n. 5409 (*MFI*, 1983); Cass., 5-6-1987, n. 4920 (*ivi*, 1988, I, 2352); Cass., 6-6-1988, n. 3804 (*ivi*, 1988); Cass., 2-6-1992, n. 7571 (*BBTC*, 1993, II, 358); Cass., 1-9-1995, n. 9227 (*Fa*, 1996, 163); Cass., 17-4-1997, n. 3296 (*Foro it. on line*); Cass., 18-12-1998, n. 12675 (*ibidem*). Quest'ultima sentenza, peraltro, si segnala perché in essa è già presente il dubbio in ordine all'effettiva esistenza degli usi: infatti, nella sua motivazione si legge che «è noto che secondo un orientamento tradizionale, che trova riscontro in giurisprudenza, nell'ambito delle operazioni fra i predetti istituti [di credito] ed i clienti l'anatocismo trova generale applicazione attraverso comportamenti delle generalità degli interessati, con il convincimento di adempiere ad un precetto di diritto, presentando i caratteri obiettivi di costanza, generalità e durata ed il carattere subiettivo della "opinio juris" che contrassegnano la norma giuridica consuetudinaria vincolante gli interessati [Cass., 5-6-1987, n. 4920 (*FI*, 1988, I, 2352)]. Ma, al di là delle riserve che possono essere formulate in termini generali sulla sussistenza del predetto uso normativo, è pacifico che il carattere derogatorio di esso ne impone una applicazione limitata alla categoria dei soggetti fra i quali si è formato, e ciò porta ad escluderne l'operatività nel caso in esame», in quanto il rapporto dedotto in giudizio correva tra una società ed il Ministero dei trasporti.

²⁹⁵ Del pari, Cass., 17-4-1997, n. 3296 (*Foro it. on line*), ritiene la sussistenza dell'uso normativo perché «questa corte [lo] ha più volte affermato».

²⁹⁶ Cfr. Cass., 1-9-1995, n. 9227 (*Fa*, 1996, 163).

gio nell'evoluzione delle controversie tra clienti e banche, nel corso del quale, per riprendere le parole delle Sezioni Unite, si è cominciata a diffondere «la ribellione del cliente che poi ha dato vita al *revirement* giurisprudenziale».

Si tratta di osservazioni che rivelano la consapevolezza delle Sezioni Unite sui processi di formazione di orientamenti giurisprudenziali che, come in questo caso, coinvolgono interessi diffusi e seriali, quali quelli della clientela in rapporti contrattuali di massa come sono i rapporti bancari.

Per giungere alla modificazione di un indirizzo giurisprudenziale in un siffatto contesto è, infatti, necessario che si sviluppi una serie sufficientemente ampia di controversie e che si formi un sufficiente convincimento di coloro che partecipano al giudizio quali difensori nel sostenere tesi contestative dell'indirizzo precedente. È necessario, inoltre, che tale convincimento si sia creato o sia stato confermato dalle elaborazioni e degli interventi della dottrina, il cui accoglimento in giurisprudenza non è certo né automatico, né immediato, ma necessita del tempo necessario per essere filtrato nel tessuto del bagaglio di conoscenze cui partecipano avvocati e giudici, per far sì che le tesi rappresentate dai primi possano trovare accoglimento da parte dei secondi.

A questo punto si deve ritenere che quelle dieci sentenze, che tralattivamente confermavano l'esistenza degli usi normativi anatocistici, piuttosto che rappresentare un granitico e consapevole orientamento, costituivano i primi passaggi in cui si cimentava la contestazione giuridica che ha accompagnato la ribellione (di cui parlano le Sezioni Unite nel descrivere la reazione dei contraenti deboli), alla imposizione di regole così onerose ed unilaterali quale quella della capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito.

Ma v'è di più. Al rilievo che l'uso normativo di capitalizzare trimestralmente degli interessi non è mai stato accertato adeguatamente dalla giurisprudenza deve aggiungersi l'altro, secondo il quale tale accertamento sarebbe stato impossibile perché un uso siffatto non si è potuto formare per l'assenza dello stesso suo elemento oggettivo, vale a dire un comportamento univoco, generalizzato e reiterato nel tempo.

Per provare un comportamento di questo tipo, infatti, non bastano documenti o sentenze che facciano in qualche modo menzione dell'esistenza in passato di casi di capitalizzazione trimestrale. Al fine di ritenere provata una prassi univoca e generalizzata nel senso della capitalizzazione trimestrale occorre, infatti, quanto meno il concorso di due condizioni ulteriori: la prima è che il contenuto dei documenti di volta in volta richiamati sia idoneo a provare non già un generico intento di applicare in futuro un anatocismo trimestrale, bensì l'effettiva adozione di detta prassi nella concreta disciplina dei rapporti tra banche e clienti²⁹⁷; la seconda condizione necessaria per poter sussumere un uso di capitaliz-

²⁹⁷ Come già fatto presente [cfr. INZITARI, *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto* (BBTC, 2003, II, 463)], il requisito rappresentato nel testo non può rinvenirsi nella tanto citata circolare della Confederazio-

zare gli interessi trimestralmente è che tale comportamento sia univoco e generalizzato.

Orbene, nessuna delle due condizioni sussiste a proposito dell'uso normativo anatocistico trimestrale. Della prima si è detto sopra, mentre l'inesistenza di un siffatto comportamento generalizzato è ormai emerso da diverse indagini²⁹⁸.

La conclusione da trarre dai rilievi appena formulati è estremamente significativa: non si tratta più di condividere o meno un orientamento giurisprudenziale piuttosto che un altro o di discutere circa l'effettivo ruolo da riconoscere all'elemento soggettivo connesso all'uso normativo. Si tratta, invece, di prendere atto che un uso normativo di capitalizzare trimestralmente degli interessi non vi è mai stato a causa dell'inesistenza dell'indispensabile presupposto di fatto: invero, storicamente non si è mai affermata una prassi univoca, generalizzata e reiterata nel tempo, avente un oggetto consimile²⁹⁹.

Ma questa sentenza delle Sezioni Unite è anche l'occasione per apprezzare, attraverso l'intera vicenda dell'anatocismo, la complessiva curvatura della linea di comportamento dell'impresa-banca nel mercato. La clausola anatocistica, come emerge nettamente nella sentenza delle Sezioni Unite, è una clausola vessatoria, con la quale la banca fa gravare sul cliente rilevanti oneri che si aggiungono, nella forma indiretta della capitalizzazione degli interessi e di ogni altra prestazione posta a carico del cliente, a quelli propri del corrispettivo spettante alla banca per la concessione di credito al cliente.

Le ragioni della contestazione verso la clausola anatocistica risiedono nell'insoddisfazione per l'attribuzione di un onere anche rilevante, piuttosto che attraverso una chiara ed univoca determinazione dell'entità del costo per il

ne generale fascista delle banche del 1929 perché – secondo quanto si legge nella relativa lettera di accompagnamento – in quella sede non viene recepita una già esistente prassi diffusa e generalizzata, ma viene solo formulata una proposta alle banche. Del pari inconferenti sono i manuali di tecnica bancaria dell'epoca, in quanto in essi non si precisa la frequenza dell'anatocismo.

²⁹⁸ Sul punto si vedano i contributi, sia pure da prospettive diverse, di LA ROCCA, *Ancora su anatocismo, usi e contratti bancari* (FI, 2001, I, 2361) e di COLANGELO, nella nota alla sentenza delle Sezioni Unite, 4-11-2004, n. 21095 (BBTC, 2005, II, 115).

²⁹⁹ Alla medesima conclusione di inesistenza di un uso normativo anatocistico è giunta la giurisprudenza in relazione alla pretesa di capitalizzare gli interessi di mora sulle rate scadute dei mutui e dei finanziamenti. L'inserimento dal 1976 nella raccolta camerale di Milano (e in qualche altra, ma non in tutte), e cioè ben trentaquattro anni dopo l'entrata in vigore del codice civile, conferma che precedentemente al 1942 tale uso non esisteva, mentre, conformemente al carattere di presunzione semplice del disposto dell'art. 9 delle disposizioni sulla legge in generale, l'inserimento nella raccolta camerale «non può attribuire allo stesso valore di uso normativo, ma può al più costituire prova di una prassi, volontaria o imposta, contraria alla legge»: così Cass., 20-2-2002, n. 2593 (BBTC, 2003, II, 5). La letteratura sul mutuo si è arricchita ora del contributo di FAUSTI, *Il mutuo*, in *Tratt. Perlingieri*, IV, Napoli-Roma, 2004, che con innovativo e felice metodo induttivo ricostruisce la concreta disciplina del mutuo partendo dalla stessa prassi contrattualistica bancaria, come pure dalle diverse problematiche che hanno investito l'obbligazione pecuniaria bancaria (*ius variandi*, anatocismo, usura).

cliente, attraverso una via indiretta, e, cioè, mediante una modalità di conteggio contabile totalmente interno alla banca. Si tratta di un conteggio di difficile, se non impossibile, lettura da parte del cliente. Riguarda in realtà una manifestazione del potere della banca di imporre, assieme alle sue regole, anche la sua unilaterale determinazione dei costi e del prezzo del servizio offerto.

La ribellione di cui parlano le Sezioni Unite si è manifestata quindi quale risultato del disagio del cliente ad accettare che la banca potesse continuare a determinare unilateralmente e senza trasparenza o prevedibilità i costi e gli oneri di un servizio, quale quello bancario, sempre più indispensabile per il cliente. Questo disagio è divenuto più tangibile e rilevante quando: *a*) si è estesa a livello di massa l'utilizzazione del servizio bancario che un tempo era limitato ad una cerchia piuttosto circoscritta di utilizzatori e, particolarmente quando alla fine degli anni Settanta e negli anni Ottanta, è divenuto uno strumento indispensabile a livello di massa per il compimento anche delle più elementari operazioni economiche; basti pensare alla diffusione del pagamento degli stipendi pubblici e privati per via bancaria, alla distribuzione del contante attraverso il bancomat, alla diffusione di mezzi di pagamento che necessitano dell'intermediazione della banca; *b*) è divenuta più ampia e significativa la modalità di concessione di credito alle imprese attraverso aperture di credito in conto corrente, quale conseguenza di una significativa estensione del volume e della frequenza delle operazioni di credito ad una platea più ampia che in passato di operatori economici.

Le esigenze di questi non potevano essere soddisfatte dal credito a medio e lungo termine, erogato sulla base di garanzie reali, ma piuttosto nelle forme più flessibili dell'apertura di credito in tutte le sue varianti di elasticità di cassa, fidi temporanei, mandati all'incasso e soprattutto attraverso concorso di garanti personali. Non a caso saranno proprio i garanti, i fideiussori, coloro che il più delle volte, dopo il verificarsi dell'insolvenza del debitore principale, una volta chiamati a pagare il saldo debitorio di quest'ultima, solleveranno tutte quelle eccezioni che il debitore principale a causa della sua insolvenza e del peso delle procedure esecutive o fallimentari non ha la possibilità concreta di far valere³⁰⁰: queste contestazioni si dirigono contro l'anatocismo, il tasso determinato unilateralmente attraverso il richiamo agli usi su piazza, la commissione di massimo scoperto, ecc.

Se si rivede la storia dei contratti bancari di questi ultimi decenni non si comprende come, di fronte alle contestazioni della dottrina e della giurisprudenza verso la prassi di addebitare gli interessi nella misura unilateralmente determinata al momento dell'addebito, con riferimento ai cosiddetti «usi su piazza» e

³⁰⁰ Chi è fallito, o comunque ormai gravemente indebitato *ultra vires*, assieme al suo patrimonio ha esaurito anche l'interesse a contestare la parte del debito di formazione anatocistica: a nulla serve una contestazione di una parte del debito quando esso è tale da sovrastare comunque il debitore.

quindi di fronte a contestazioni che investivano profili centrali dei contratti bancari in corso, quali la determinazione degli interessi e cioè del corrispettivo, tali prassi siano state continuate da parte della banca.

Stupisce in particolare che operatori economici, che basano la più parte della loro attività sull'efficiente funzionamento di regole giuridiche, per anni abbiano continuato a instaurare e condurre rapporti contrattuali nei quali la prestazione dovuta dal cliente, e cioè gli interessi, vale a dire il prezzo della prestazione sulla quale la banca fa affidamento nella prestazione del servizio, era messa più che seriamente in dubbio per la stessa invalidità ed inefficacia delle modalità di determinazione.

Non potendo pensare che soggetti professionalmente così accorti ed esperti non abbiano avuto modo di valutare il gravissimo rischio cui la banca andava incontro, si deve ritenere che questa abbia valutato comunque conveniente non modificare il comportamento sino allora seguito. In particolare è ragionevole pensare che, nelle previsioni della banca, le possibilità di dover subire la dichiarazione di nullità doveva restare limitata a un numero contenuto di casi rispetto alla stragrande maggioranza dei rapporti contrattuali, ove per i più diversi motivi tale questione non sarebbe stata sollevata dal cliente. A causa dei rapporti di forza con il cliente che di fatto precludono a quest'ultimo di sollevare tali contestazioni per i più diversi e variegati motivi, quali la cattiva o comunque insufficiente informazione del cliente stesso, o forse perché questi profili emergono per lo più quando il conto del cliente si trova ormai in sofferenza, e cioè in una fase del rapporto che il più delle volte o si risolve in una transazione (la quale per definizione copre ogni possibile contestazione e doglianza del cliente), oppure perché il cliente è ormai insolvente ed il credito bancario viene solitamente senza contestazioni ammesso al passivo del fallimento del debitore oppure fatto valere con l'esecuzione forzata: tutti eventi e fasi del rapporto obbligatorio ove risulta più difficile l'emersione di tali profili di contestazione. Non a caso, come già accennato, sono i fideiussori, piuttosto che il debitore, i soggetti che, non avendo interesse a mantenere un rapporto con la banca ed avendo al contrario interesse a liberarsi dalla responsabilità, si sono mostrati i più pronti alla ribellione e contestazione verso la banca.

Si tratta di elementi – la mancanza di trasparenza, l'unilateralità e l'arbitrarietà nell'attribuzione dei costi e quindi nella determinazione del prezzo del corrispettivo, l'occultamento di componenti rilevanti dei costi – che sono tipici di mercati nei quali vi è grande asimmetria tra le parti del contratto, ma che sono certamente aggravati laddove è consentito agli operatori economici di agire senza tenere conto delle regole della concorrenza.

Al contrario, la corretta valutazione dei prezzi e delle prestazioni nel libero mercato esigono un'adeguata rappresentazione e valutabilità della composizione degli oneri che gravano su ogni offerta di servizi. Se si considera che la pratica anatocistica nella sostanza costituisce per la banca un corrispettivo aggiunto rispetto agli interessi passivi che addebita al cliente, l'attribuzione di quest'onere

al cliente, se venisse effettuato nel rispetto delle regole e dei principi del libero mercato e della concorrenza, particolarmente a fronte di contestazioni così radicali e crescenti da parte della dottrina e della giurisprudenza, avrebbe potuto e dovuto essere tradotta in un corrispondente aumento dei tassi di interesse passivi, tale da un lato di consentire di recuperare i vantaggi del venir meno della capitalizzazione trimestrale e dall'altro di fornire una trasparente rappresentazione del costo effettivo del finanziamento.

Se questo non è avvenuto, anzi se al contrario la banca ha opposto ogni possibile resistenza ad un siffatto cambiamento, le ragioni sono da ricercare nella tutt'altro che realizzata concorrenza del sistema bancario, che costituisce uno dei profili di maggiore inefficienza del nostro sistema economico con tutti i riflessi sul piano dei rapporti giuridici tra privati.

24. (Segue). *Gli interessi anatocistici, se richiesti dalla domanda giudiziale di primo grado, maturano anche nel corso del processo tributario.*

Con la sentenza 8-3-2006, n. 4935, la Cassazione ha affrontato il tema degli interessi anatocistici e della loro esigibilità in relazione all'ammissibilità dell'anatocismo anche in materia tributaria, con riguardo ai rimborsi di imposta, richiesti dal contribuente nel procedimento contenzioso di impugnazione dell'atto di diniego o del silenzio rifiuto dell'amministrazione rispetto alla domanda di rimborso del contribuente stesso.

Si tratta, in particolare, della fattispecie in cui, secondo quanto stabilito dall'art. 1283 c.c., è consentito considerare quale capitale gli interessi già scaduti alla data della domanda giudiziale e domandare che su di essi vengano ad essere prodotti ulteriori interessi nel corso del processo.

Come è noto il codice civile stabilisce, con norma imperativa, il divieto del patto anatocistico, vale a dire il divieto del patto con cui preventivamente le parti si obbligano a corrispondere gli interessi sugli interessi che ancora si devono produrre. Lo stesso articolo fa salve due ipotesi, che sono in realtà ben diverse dal (vietato) patto anatocistico preventivo: quella della convenzione successiva alla scadenza e quella della produzione degli interessi anatocistici dalla data della domanda giudiziale. Infatti l'art. 1283 c.c. riconosce la produzione degli interessi sugli interessi solamente dal giorno della domanda giudiziale oppure perché pattuiti da una convenzione successiva alla loro scadenza, e sempre che siano dovuti da almeno sei mesi.

Il creditore pecuniario, indipendentemente da un patto, ma piuttosto con l'introduzione a tal fine di una domanda giudiziale, può quindi chiedere la condanna del debitore a pagare gli interessi anatocistici che matureranno appunto dalla data della domanda giudiziale sugli interessi che sono già scaduti alla data della

domanda, in guisa che su tali interessi prodotti vengano a decorrere ulteriori interessi.

Tale principio, riconosce la Cassazione con la sentenza in epigrafe, trova applicazione anche in materia tributaria e specificamente in materia di rimborsi di imposta, ove il contribuente può conseguire la condanna dell'amministrazione finanziaria al pagamento degli interessi anatocistici.

La Cassazione aveva già riconosciuto questo principio³⁰¹, affermando che la presenza della pubblica amministrazione in qualità di creditore o debitore non altera la struttura del rapporto obbligatorio, in quanto le correlative posizioni di debito e di credito, anche se si tratta di una fattispecie regolata dal diritto pubblico, sono comunque assoggettate alla disciplina di diritto comune contenuta nel codice civile, al pari di quelle che intercorrono tra soggetti privati.

La sentenza in commento pertanto ribadisce che l'applicazione dell'art. 1283 c.c. non trova un ostacolo nella disciplina del contenzioso tributario di cui all'art. 38 *bis*, d.p.r. n. 633/1972, in quanto anche le norme che regolano il rimborso delle imposte versate in eccesso nulla prevedono al riguardo. Pertanto si deve dedurre che in materia tributaria non sussiste alcuna norma speciale di deroga o di esclusione della produzione anatocistica degli interessi sugli interessi già prodotti (almeno da sei mesi) alla data della domanda giudiziale e per tutta la durata del giudizio promosso per ottenere la restituzione delle somme pagate in eccesso.

Non è di ostacolo la disciplina dell'obbligazione tributaria, la quale non si discosta, sotto questo profilo, dalla disciplina di diritto comune, ma non è neanche di ostacolo la disciplina del processo tributario, che non contiene limitazioni specifiche al riguardo.

In realtà, probabilmente anche a causa di una scarsa applicazione di questa fattispecie nella pratica, è ritornata in questo caso la questione, che molto spesso si è accompagnata alla valutazione dell'ammissibilità della domanda anatocistica nel giudizio, dell'esatta collocazione del momento in cui tale domanda deve essere formulata, come pure del tenore della sua formulazione.

La giurisprudenza, infatti, ha sempre affermato che la domanda volta al riconoscimento e alla liquidazione degli interessi anatocistici deve essere espressamente formulata con la domanda giudiziale; non può ritenersi implicitamente svolta con la domanda relativa agli interessi né può essere introdotta per la prima volta in appello. Di qui il conseguente rigetto della domanda formulata dopo l'instaurazione del giudizio di primo grado e per la prima volta in appello.

Tale principio viene ripreso ed ulteriormente sviluppato dalla sentenza citata con riguardo al processo tributario. Questo giudizio (come nel caso che ha dato luogo alla controversia tributaria) è caratterizzato da un meccanismo di tipo impugnatorio di un atto o di un silenzio rifiuto con cui l'amministrazione tributaria ha negato il rimborso di somme incassate dallo Stato e per i più diversi motivi

³⁰¹ Cass., 22-1-1999, n. 552 (*FI*, 1999, I, 1217).

non dovute. Il giudizio tributario è pertanto rivolto a verificare la legittimità o meno dell'atto impugnato e quindi a valutare la fondatezza delle contestazioni mosse dal contribuente nel ricorso introduttivo in primo grado.

È in quella sede pertanto che il rapporto processuale si instaura sulla base delle domande formulate dalle parti. Nel caso preso in esame dalla Suprema Corte la richiesta era volta al rimborso della somma corrispondente alla differenza tra l'importo delle trattenute subite e quello delle imposte dovute su tale somma, ai sensi dell'art. 44, d.p.r. n. 602/1973.

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, la mancata formulazione pertanto della domanda relativa agli interessi anatocistici nell'atto introduttivo rende inammissibile le successive richieste comunque avanzate in tal senso.

Né può pervenirsi all'ammissione di tale domanda anatocistica successivamente proposta argomentando dalla previsione dell'art. 345 c.p.c., che prevede una deroga al divieto di domande nuove in appello, in relazione alla possibilità di formulare appunto in appello domande volte al riconoscimento di interessi, frutti e accessori maturati dopo la sentenza impugnata.

Tale possibilità è infatti limitata a quelle pretese che si riferiscano a domande che la sentenza di primo grado non abbia potuto decidere, in quanto relative a diritti (risarcitori o accessori, quali interessi o frutti) maturati successivamente alla sentenza di primo grado, che nello stesso tempo siano però strettamente connesse e dipendenti dalla domanda fatta valere in tale giudizio.

La sentenza fa necessariamente riferimento a tale proposito ai principi interpretativi stabiliti dalle Sezioni Unite³⁰², che, anche di fronte a qualche diversità di orientamento emerso nella giurisprudenza della Cassazione, ha riconosciuto ammissibili tali richieste solo se costituiscano la continuazione di analoghe domande già dispiagate in primo grado.

È necessario dunque che il contribuente creditore abbia già indicato, afferma la sentenza, tutti gli elementi necessari per la liquidazione degli interessi anatocistici, sin dall'atto introduttivo del giudizio tributario avente oggetto il rimborso di imposta.

Non è questa un'esigenza solamente processuale, ma anche sostanziale, perché il fisco (aggiungiamo noi, al pari di qualsiasi debitore) deve poter essere messo nella condizione di valutare le conseguenze patrimoniali della sua opposizione al riconoscimento ed all'esecuzione del rimborso.

Questa esigenza, che appare enunciata nella sentenza con riguardo all'obbligazione tributaria ed in particolare al fisco, è suscettibile di un'applicazione a qualsiasi rapporto obbligatorio, in quanto è espressione di un'esigenza generale propria di qualsiasi rapporto obbligatorio di diritto comune.

Emerge, dunque, in modo esemplarmente chiaro, un profilo che nelle (a dire il vero) non molte pronunce che il più delle volte hanno sfiorato il tema dell'anatocismo non era stato adeguatamente messo in luce. Il diritto a far valere

³⁰² Cass. S.U., 11-3-1996, n. 1955 (GC, 1996, I, 1284).

un credito pecuniario è riconosciuto entro specifici limiti solo allorché il creditore proponga con domanda giudiziale un'espressa richiesta di riconoscimento, e quindi di liquidazione a suo favore, non solo degli interessi che potranno prodursi sul capitale chiesto nel corso del giudizio, ma anche degli interessi che possono prodursi sugli interessi già maturati, appunto secondo quanto previsto dall'art. 1283 c.c., dalla data della domanda giudiziale.

In altre parole il debitore deve poter essere messo a conoscenza e valutare specificamente il fatto che il creditore ha formulato una domanda volta a considerare gli interessi che si sono già prodotti prima della e sino alla data della domanda introduttiva del giudizio di primo grado quale capitale produttivo di interessi. Questo proprio al fine di consentire al debitore pecuniario di poter valutare il rischio, come pure l'onere che potrà derivare dalla sua opposizione, di dover pagare, oltre agli interessi che secondo la consueta regola dell'art. 1282 c.c. si producono sul capitale dovuto, anche gli interessi che, in virtù dell'introdotta domanda anatocistica, maturano sugli interessi già prodotti.

Del resto il divieto del patto anatocistico ed i precisi presupposti dettati per la maturazione, dopo la domanda giudiziale o nella convenzione successiva al prodursi degli interessi, rispondono all'esigenza non solo di controllare la velocità ed il volume di incremento dell'obbligazione pecuniaria (che tra l'altro, a seconda dei diversi meccanismi di calcolo, rischia di appesantirsi con impennate di aggravamento di onerosità al di sopra di ogni previsione), ma sono diretti ad evitare che il debitore si trovi di fronte a nuove obbligazioni pecuniarie o se si vuole ad un incremento anche significativo dell'originaria obbligazione pecuniaria del tutto inaspettata e della quale non ha potuto valutare le dimensioni e il più delle volte i meccanismi di incremento rispetto all'originale dimensione dell'obbligazione pecuniaria.

Muovendo da questi principi, la cui valenza prima che processuale è di carattere sostanziale, anche la proposizione della domanda anatocistica in appello può essere consentita solo nei limiti di quanto disposto dal 1° comma dell'art. 345 c.p.c., vale a dire – secondo quanto affermato dalla sentenza in commento e dalla citata pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 1955/1996 – purché la domanda anatocistica sia stata già formulata in primo grado.

La domanda anatocistica in appello è dunque ammissibile purché diretta ad evitare al creditore di instaurare un ulteriore ed autonomo giudizio per far valere gli interessi anatocistici maturati successivamente alla pronuncia di primo grado (al pari degli interessi sul capitale o dei danni sofferti dopo la sentenza stessa).

Riteniamo opportuno soffermarci sui possibili caratteri di questa fattispecie, in considerazione della scarsa attenzione che sino ad ora tanto la dottrina che la giurisprudenza hanno dedicato al riguardo.

Secondo quanto abbiamo detto, non è consentito dunque in appello chiedere qualsiasi interesse anatocistico, ma è piuttosto consentito chiedere che sulla somma di interessi anatocistici già maturata nel corso del primo grado venga

riconosciuta la produzione di identici interessi, anche nel corso del giudizio di secondo grado.

Un esempio può forse riuscire utile. Il creditore quando introdusse il giudizio di primo grado vantava un credito di 100 di capitale e di 15 di interessi, in quanto gli interessi moratori o corrispettivi o compensativi a quella data, vale a dire la data della domanda giudiziale, ammontavano a 15.

Nell'introdurre il giudizio di primo grado, il creditore può, proprio perché previsto e consentito dall'art. 1283 c.c., domandare: *a)* che il debitore sia condannato a pagare la somma di 100 di capitale oltre interessi maturati e che si produrranno nel corso del giudizio dalla domanda al saldo; *b)* che sia condannato a pagare anche gli interessi che si produrranno sempre nel corso del giudizio su un'ulteriore somma diversa dal citato capitale di 100 e consistente piuttosto negli interessi già maturati alla data della domanda, e questo perché proprio l'art. 1283 c.c., quando stabilisce che gli interessi scaduti possono produrre interessi dalla data della domanda giudiziale, consente al creditore di considerare capitale tali interessi già prodotti da almeno due mesi.

Il creditore deve pertanto necessariamente formulare due domande diverse per ottenere il riconoscimento e la condanna del debitore agli interessi anatocistici. Restando nel nostro esempio il creditore domanderà: *a)* 100 per capitale oltre interessi moratori; questi ultimi a loro volta potranno essere liquidati nella misura degli interessi legali oppure in misura superiore se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, ai sensi del 1° comma dell'art. 1224 c.c.; *b)* 15 per gli interessi moratori prodottisi sino alla data della domanda giudiziale, e questa ultima somma di 15, consistente in interessi già maturati prima dell'introduzione del giudizio, in virtù dell'art. 1283 c.c., produrrà a sua volta interessi nel corso del giudizio e dalla data della domanda giudiziale. Trattandosi di una somma di danaro che dalla data della domanda giudiziale costituisce capitale, produrrà interessi nella misura prevista dall'art. 1224 c.c. Questo vuol dire che sugli interessi capitalizzati matureranno i soli interessi legali, in quanto manca una pattuizione in ordine alla misura convenzionale della produzione degli interessi sugli interessi, non essendo possibile riferire a questa produzione relativa agli interessi sugli interessi le diverse pattuizioni sugli interessi relativi al capitale dovuto.

Questa disciplina deve poi essere necessariamente completata con quella prevista con disposizione processuale, ma di rilevanza sostanziale, per il giudizio d'appello, ove l'art. 345 c.p.c. nello stabilire che nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio, aggiunge che possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa.

La ragione di questa deroga al divieto di *nova* in appello con riferimento agli interessi (o frutti o danni), maturati dopo la sentenza di primo grado, si giustifica sulla base dell'evidente *ratio* di carattere equitativo e di economia dei giudi-

zi, come ha sottolineato anche la sentenza delle Sezioni Unite n. 1955/1996; *ratio* che è diretta ad offrire al creditore la possibilità di evitare l'onere della proposizione di un nuovo giudizio, al solo fine di far valere diritti che la sentenza di primo grado non ha potuto prendere in esame, perché sorti successivamente ad essa, ma che risultano espressione o discendenti dalla medesima situazione giuridica soggettiva, cioè, ad es., sono conseguenti o derivanti dallo stesso credito. Inoltre se il creditore per far valere tali diritti dovesse introdurre un nuovo giudizio, verrebbe ad essere violato il principio generale secondo cui la durata del processo non deve andare a detrimento della parte vittoriosa.

Gli interessi maturati o i danni prodotti, quindi, successivamente alla sentenza di primo grado costituiscono nuovi interessi o nuovi danni (per riprendere le espressioni dell'art. 345 c.p.c.) solo in senso cronologico, ma in realtà dipendono causalmente dagli stessi diritti fatti valere nel giudizio di primo grado.

Gli interessi anatocistici che decorrono, se richiesti nel corso del giudizio, fanno naturalmente parte della categoria degli interessi maturati successivamente alla sentenza di primo grado e possono essere quindi domandati nell'appello sulla base degli stessi presupposti e limitazioni. Ne consegue pertanto che la domanda degli interessi anatocistici svolta in appello potrà essere ammissibile solo se essa era stata correttamente proposta con il ricorso introduttivo e non sarà al contrario ammissibile se verrà proposta per la prima volta in appello o se verrà avanzata solo con la memoria illustrativa *ex art.* 378 c.p.c., depositata in Cassazione nei cinque giorni precedenti la discussione della causa.

Sulla base di questi principi ne deriva che, se ha già richiesto in primo grado la liquidazione e la condanna del debitore, oltre che per il capitale e per gli interessi su tale capitale, anche per gli interessi che matureranno nel corso del giudizio sugli interessi maturati alla data della domanda introduttiva e che costituiscono un nuovo capitale, lo stesso creditore nel proporre la domanda del giudizio d'appello, se non ha ottenuto il pagamento di questi ultimi, vale a dire della somma relativa agli interessi maturati prima della domanda di primo grado e degli interessi su tale somma decorsi nel corso del giudizio di primo grado, potrà formulare un'espressa domanda di condanna del debitore al pagamento non solo di tale complessiva somma (comprendente appunto gli interessi anteriori alla domanda di primo grado e gli interessi su tale somma maturati nel corso di questo giudizio), ma potrà chiedere anche gli interessi che su questa ultima somma matureranno nel corso del giudizio di appello, e cioè gli interessi anatocistici sui precedenti interessi capitalizzati.

In altri termini la domanda di interessi anatocistici in grado d'appello comporta che gli interessi convenzionali maturati nel corso del giudizio di primo grado si aggiungeranno al capitale in domanda e saranno a loro volta produttivi di interessi, sempre nella misura, naturalmente, degli interessi legali, indipendentemente dal fatto che per quelli che continuano ad essere applicati sul capitale siano esigibili interessi determinati in misura pari a quella originariamente convenzionale, e naturalmente sempre che siano dovuti da sei mesi.

In conclusione, anche per gli interessi anatocistici riconosciuti e comunque richiesti in primo grado, la durata del processo non può andare a danno del creditore e, se ritualmente richiesti, essi costituiscono un'espressione di quegli elementi accessori che si sono venuti aggiungendo nella pendenza del processo e che (secondo quanto rilevato dalla citata sentenza delle Sezioni Unite n. 1955/1996) rappresentano l'aggiornamento, la prosecuzione e l'attualizzazione di richieste già formulate in precedenza.

25. (Segue). *Addebito sul conto bancario di oneri non dovuti e decorrenza della prescrizione dell'azione di indebito.*

La nullità della previsione degli interessi anatocistici comporta la restituzione di quanto pagato sulla base della disciplina della ripetizione dell'indebito.

Il termine di prescrizione del diritto alla restituzione è dunque quello decennale, ma nei rapporti bancari si è posto il problema dell'individuazione del *dies a quo* del termine di prescrizione.

La corresponsione degli interessi anatocistici segue, infatti, nei contratti bancari le modalità dell'addebito sul conto corrente bancario, e quest'ultimo dà luogo ad un rapporto di durata che si protrae o comunque può protrarsi ben oltre il tempo in cui è avvenuta l'operazione contabile di addebito sul conto.

Una volta dunque che è stata dichiarata la nullità della clausola anatocistica, nell'interpretazione delle banche chiamate alla restituzione degli interessi anatocistici il termine di prescrizione veniva identificato nella data in cui gli interessi non dovuti dal cliente erano stati indebitamente addebitati sul conto.

Il regime della prescrizione è strettamente correlato alle caratteristiche del contratto e della stessa operazione di addebito compiuta dalla banca.

Il conto corrente bancario è, infatti, un contratto unitario che dà luogo ad unico rapporto giuridico. L'esecuzione del contratto comprende poi una pluralità, addirittura aperta nel numero e nel contenuto, di operazioni tutte consistenti nell'utilizzazione di una provvista di liquidità che a seconda dei casi può essere fornita dallo stesso cliente oppure dalla banca attraverso un'apertura di credito oppure sempre dalla banca, allorquando questa consenta di compiere operazioni di prelievo o comunque operazioni che comportino un addebito oltre i limiti del fido concesso o allo scoperto.

L'addebito di interessi non dovuti, quali quelli anatocistici in data precedente all'entrata in vigore del d.lg. n. 342/1999 con cui è stato modificato l'art. 120 t.u. l. banc., come pure l'addebito di commissioni o spese non dovute come la commissione di massimo scoperto nelle sue diverse formulazioni, quando non coperta dalla recente disciplina in materia, comporta una formazione non corretta del saldo debitorio del cliente verso la banca. Questo, infatti, a causa degli addebiti indebitamente effettuati dalla banca nel corso del tempo, risulta di im-

porto inferiore a quello che sarebbe risultato se gli addebiti di interessi anatocistici non fossero avvenuti. È evidente che il correntista ha il pieno diritto di far valere la nullità dell'addebito anche nel corso del contratto, in quanto sin dal momento dell'annotazione sul conto questi potrà agire per far valere l'illegittimità dell'addebito ed in questo modo ottenere una rettifica a suo favore delle risultanze del conto.

La conseguenza favorevole di una siffatta pronuncia di nullità non potrà essere pertanto una restituzione delle somme, ma piuttosto un ripristino ed incremento del complessivo ammontare delle somme che risultano a sua disposizione sul conto e quindi, se il conto è a debito, in un minore ammontare del debito.

In questo caso è solo con la chiusura del conto che l'azione di ripetizione d'indebito potrà essere esercitata, in quanto è da quel momento che il correntista potrà concretamente richiedere alla banca una somma pari agli interessi anatocistici indebitamente trattenuta.

Dal momento della chiusura del conto decorrerà dunque anche il termine di prescrizione decennale.

L'unitarietà del rapporto giuridico consiste, infatti, nel conto corrente bancario, nella formazione, sia pure sulla base delle più diverse operazioni, di un unico saldo e, pertanto, in assenza di pagamenti avvenuti *medio tempore*, il diritto di far valere il credito di restituzione degli importi illegittimamente addebitati a carico del cliente sorge nel momento in cui, a causa della chiusura del conto, la banca trattiene somme che avrebbero dovuto andare a formare positivamente il saldo, agendo pertanto in diminuzione del debito da saldo o in aumento del credito da saldo del correntista.

La decorrenza della prescrizione dal momento della chiusura del rapporto è dunque strettamente collegata al particolare effetto della chiusura del conto con la quale si determina la fine delle operazioni di annotazione ed il sorgere del credito, appunto, per il saldo.

Diversa è la situazione in altri rapporti contrattuali di durata certamente anch'essi unitari, quali la locazione, l'affitto o la somministrazione, nei quali le diverse prestazioni che vengono eseguite nel corso del contratto – pagamento di canoni o corrispettivo delle forniture somministrate – costituiscono pagamenti che si giustificano e si esauriscono in stretta connessione con la specifica prestazione (quel canone o quella derrata di merci o quel segmento di erogazione di servizi) il cui credito vanno ad estinguere.

Il risultato è dunque che il venire a termine di tali contratti comporta il venir meno del flusso di prestazioni tra i contraenti ma, a differenza del conto corrente bancario in cui le prestazioni sono appunto annotate in conto e sono sottoposte ad un regime di compensazione contabile, nessun saldo viene prodotto al termine del contratto.

Ne consegue che in questi contratti la prescrizione deve decorrere dal momento in cui le diverse prestazioni pecuniarie vengono effettuate, e cioè dal momento in cui i canoni vengono pagati o il prezzo della somministrazione pe-

riodica di cose o servizi viene pagato. Se quindi il conduttore o il somministrato vuole far valere il diritto alla restituzione di una somma pecuniaria pagata indebitamente (canone o prezzo erroneamente pagato due volte, parte del canone o del prezzo non dovuta in quanto illegittimamente pretesa dal locatore o dal somministrante), è dal momento del pagamento che decorre la prescrizione, indipendentemente dal momento in cui verrà a termine o verrà sciolto il contratto, in quanto, appare inutile ricordarlo, tale momento determina la fine delle prestazioni contrattuali ma non determina il dare-avere del rapporto che ha già trovato svolgimento ed attuazione nel corso del rapporto contrattuale.

Partendo dalla considerazione appena svolta, secondo cui è dal momento in cui è stato effettuato il pagamento che il debitore può contestarne il carattere indebito facendo valere la corrispondente azione, la giurisprudenza³⁰³ ha ritenuto di individuare anche nel conto corrente bancario quei casi in cui risulti essere stato effettuato dal correntista un pagamento a deconto della esposizione debitoria determinatasi per effetto dell'addebito di interessi anatocistici non dovuti da parte della banca.

È questo il caso in cui, durante lo svolgimento del rapporto di conto corrente, il correntista abbia effettuato non solo prelevamenti ma anche versamenti. Questi ultimi hanno sicuramente avuto un effetto solutorio nei casi in cui il conto sul quale sono stati effettuati non fosse assistito da apertura di credito perché non concessa dalla banca o perché utilizzata oltre i limiti dell'apertura di credito.

In questi casi il versamento effettuato dal correntista costituisce un pagamento in quanto ha – per il corrispondente importo – diminuito il credito della banca verso il correntista stesso.

Se dunque si trattava di un pagamento non dovuto, è da quel momento che, secondo la giurisprudenza citata, decorre la prescrizione e non dal successivo momento della chiusura del conto, in quanto la pretesa di dare-avere dal saldo del conto è evidentemente già al netto del pagamento effettuato *medio tempore* dal correntista.

Diverso è il caso in cui il versamento avvenga su un conto affidato nel quale il passivo non ha superato i limiti dell'affidamento concesso dalla banca al cliente. Il versamento, si dice, ha in questo caso effetti ripristinatori della provvista e costituisce una delle operazioni attraverso le quali il correntista dispone (appunto con prelievi e versamenti) della provvista messa a disposizione della banca.

Si tratta della ben nota distinzione tra atti ripristinatori e atti di pagamento elaborata in tema di revocatoria di rimesse in conto corrente bancario e che è alla base di un'ultradecennale giurisprudenza³⁰⁴.

Il versamento effettuato dal cliente sul conto il cui passivo non abbia supera-

³⁰³ Cfr. Cass. S.U., 2-12-2010, n. 24418 (www.cortedicassazione.it).

³⁰⁴ Cfr. Cass., 18-10-1982, n. 5413 (*FI*, 1982, I, 2779); Cass., 6-11-2007, n. 23107 (*ivi*, 2008, I, 1947); Cass., 23-11-2005, n. 24588 (*Foro it. on line*).

to i limiti dell'affidamento non ha infatti la funzione solutoria di restituire alla banca somme da questa erogate, ma piuttosto la funzione di ricreare la liquidità, che consentirà al cliente di continuare ad utilizzare in futuro l'apertura credito; tende quindi a ripristinare le possibilità del correntista di indebitarsi verso la banca sempre nell'ambito della apertura di credito concessa.

In questa fase non vi è dunque un pagamento che sia revocabile ai sensi della legge fallimentare (sia pure con i limiti del nuovo art. 67 l. fall.), né vi è un atto che possa essere suscettibile di azione per indebito oggettivo.

Quest'ultima azione, volta alla restituzione di una somma indebitamente percepita o fatta propria dalla banca attraverso l'addebito e soprattutto la successiva compensazione contabile con la somma versata a deconto dal correntista, sarà possibile esercitarla solo alla chiusura del conto, quando la banca farà valere nei confronti del cliente il saldo finale e cioè farà valere nei confronti di questi una situazione debitoria o creditoria indebitamente aumentata (nel caso in cui il saldo sia debitore) o diminuita (nel caso il saldo sia creditore) nell'ammontare finale, per effetto degli interessi anatocistici o di altri oneri quali condizioni di massimo scoperto o spese o commissioni non dovute, indebitamente addebitati dalla banca nel corso del rapporto.

In conclusione, allorquando il correntista agisce ed ottiene la dichiarazione di nullità di addebiti, il termine di prescrizione decennale decorre dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui tali addebiti sono stati effettuati, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, mentre decorre dalla data del pagamento allorquando i versamenti siano avvenuti su un conto passivo o scoperto in quanto non assistito da apertura di credito, considerato che in quel momento si è verificata l'estinzione del debito verso la banca.

26. Riforma del processo e revisione degli interessi.

L'art. 1, l. 26-11-1990, n. 353, aveva modificato il tasso degli interessi legali aumentandone la misura dal 5 al 10%. L'intervento legislativo si segnala, oltre che per la consistente entità dell'incremento del tasso, che risulta, infatti, del 100%, anche per l'assoluta eccezionalità nella storia del nostro ordinamento giuridico di interventi legislativi di modifica del tasso legale.

Deve essere, infatti, osservato che da quando la misura del tasso di interesse legale fu espressamente stabilita dal codice civile, e cioè con l'art. 1831 del codice unitario del 1865, nella sostanza, soltanto una volta il legislatore è intervenuto a modificare la misura del tasso di interesse legale. Ricordiamo che nei codici preunitari non si rinviene una diretta determinazione della misura numerica del tasso legale, quanto piuttosto la mera previsione di una norma in bianco, come ad es. nel codice del Regno delle due Sicilie, che all'art. 1779 stabiliva:

«l'interesse è legale o convenzionale». A sua volta l'interesse legale doveva essere fissato dalla legge ed, infatti, con la l. 7-4-1828 del Regno di Napoli, fu stabilito che l'interesse in materia civile e commerciale non potesse eccedere la misura indicata dalla Camera di commercio e che l'interesse legale dovesse corrispondere a tale misura diminuita di un quarto. In realtà tale meccanismo di determinazione del tasso legale non entrò mai in funzione, in quanto non fu mai fissato annualmente il corso legale degli interessi.

Il codice civile per gli stati estensi di Modena, Reggio, Guastalla, conteneva alcuni riferimenti al tasso legale all'art. 1719, che proibiva il tasso superiore al 6% ed all'art. 1720, che riduceva l'interesse stipulato in maggiore quantità alla sola misura legale del 5%³⁰⁵.

Solo con l'art. 1831 del codice civile del 1865 fu determinata la misura numerica del tasso legale differenziandolo, in sintonia con la presenza di un duplice sistema delle obbligazioni, tra civile e commerciale: «l'interesse legale è determinato nel cinque per cento in materia civile e nel sei per cento in materia commerciale».

Il legislatore intervenne una sola volta a modificare la misura del tasso, con la l. 22-6-1905, che diminuì di un punto tanto gli interessi civili che quelli commerciali, ridotti, rispettivamente al 4 ed al 5%. Il legislatore dell'inizio del secolo motivò, allora, tale modifica sulla base delle «migliorate condizioni economiche del paese», le quali avrebbero determinato una maggiore affluenza di capitali disponibili sul mercato.

Fu il codice del 1942 a toccare nuovamente la materia limitando, peraltro, la modificazione all'unificazione della misura del tasso legale, in conformità con l'attuata unificazione delle obbligazioni civili e commerciali, al livello (precedente previsto per quest'ultimo settore) del 5% annuo³⁰⁶. Il raro, contenuto e misurato intervento del legislatore civile sin dall'unificazione dei codici è stato seguito negli ultimi anni da un'inaspettata ed inconsueta, anche rispetto alle altre esperienze legislative europee, attenzione del legislatore del processo civile per il tema degli interessi.

Con la l. n. 353/1990 per la seconda volta la disciplina del debito degli interessi, e particolarmente delle tecniche di quantificazione dell'obbligazione debitoria connessa alla restituzione differita di un capitale, ha costituito oggetto dell'intervento del legislatore del processo.

Con la riforma del rito del lavoro (l. 11-8-1973, n. 533, che comportò, tra l'altro la modificazione dell'art. 429, 3° comma e art. 150 disp. att. c.p.c.) fu creata una peculiare tecnica di risarcimento connesso al ritardo nell'adempimento dei crediti di lavoro: alla liquidazione degli interessi legali sui crediti di lavoro, fu accompagnata anche la rivalutazione monetaria secondo gli indici

³⁰⁵ Cfr. anche riguardo alla legislazione preunitaria FOSCHINI, *I motivi del codice civile del Regno d'Italia ordinati sotto ciascun articolo*, sub art. 1831, Torino, 1868, 602.

³⁰⁶ Cfr. MESSA, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, Milano, 1932, 23.

Istat. A distanza di quasi venti anni, la riforma del processo civile (art. 1, l. 26-11-1990, n. 353) reca nel suo primo articolo la modificazione del tasso legale degli interessi.

Non si tratta di un intervento diretto sulla legge regolatrice del processo, bensì sulla disciplina sostanziale di diritto civile, attuata mediante la modificazione del 1° comma dell'art. 1284 c.c. Il precedente intervento della riforma del processo del lavoro dette luogo ad una disposizione, l'art. 429 c.p.c., al tempo stesso sostanziale e processuale, nella quale vennero definiti sia i principi sostanziali di determinazione dell'ammontare del risarcimento del danno da ritardo nell'adempimento dei crediti di lavoro, sia i principi di tecnica processuale, attraverso i quali il giudice era tenuto ad effettuare la liquidazione del maggior danno, con indicazione specifica, all'art. 150 disp. att. c.p.c., delle modalità e degli strumenti tecnici (indici Istat) attraverso i quali realizzare appunto la rivalutazione del credito. L'intervento della riforma del processo del 1990 ha, al contrario, comportato effetti molto più ampi e di portata generale, in quanto la modificazione ha investito la generale disciplina del saggio degli interessi legali, vale a dire, l'intervento di riforma processuale ha investito la disciplina sostanziale di diritto comune.

In verità il legame tra riforma del processo e modificazione dell'ammontare degli interessi legali, pur affermato nei lavori preparatori alla legge e pur proclamato nella sistematica della l. n. 353/1990, che colloca, appunto, addirittura, all'articolo di apertura della legge di riforma la disposizione sugli interessi, ha subito, per il concomitante effetto sia della diversa previsione sui tempi dell'entrata in vigore – immediata per il nuovo tasso degli interessi e successiva di più di un anno per la riforma processuale –, sia dei noti successivi ulteriori rinvii all'applicazione della riforma del processo, un evidente appannamento. Oggi, infatti, difficilmente l'interprete, anche pratico, potrebbe trovare elementi per giustificare l'aumento del tasso degli interessi con esigenze di carattere processuale né, tantomeno, potrebbe rinvenire il benché minimo argomento per sostenere che la modificazione del tasso degli interessi ha comportato un'accelerazione o uno snellimento o, comunque, una razionalizzazione del processo che, al contrario, sembra essere rimasto pienamente caratterizzato dalle antiche e risalenti disfunzioni e problematiche.

27. La prima modifica del tasso legale degli interessi con la novella processuale del 1990.

La determinazione della misura del tasso legale nell'esperienza giuridica contemporanea, non solo italiana, risulta derivare direttamente dal recepimento, da parte del legislatore, quale regola generale di remunerazione della liquidità monetaria, della misura della produttività media del danaro. L'individuazione di

tale misura, come è stato in altra sede analiticamente dimostrato, discende da valutazioni legate a tradizioni storico-economiche risalenti e, certamente, influenzate dall'esigenza di non allontanarsi dalle scelte generalmente prese nelle codificazioni degli altri paesi³⁰⁷. La regola, secondo la quale la misura del tasso legale era determinata nel 5% annuo (e tale è ancora la regola in altri paesi quali la Germania: 5% in materia commerciale e 4% in materia civile in una situazione pressoché identica a quella del nostro sistema di diritto privato anteriore all'unificazione e commercializzazione delle obbligazioni del codice del 1942), si basa sulla presunzione che, appunto, in tale percentuale venga quantificata la produttività media del danaro, e che, quindi, la legge, allorquando, nelle diverse varieghe ipotesi, riconosca, con norma dispositiva, la decorrenza di interessi a carico del debitore, il creditore ottenga la liquidazione degli interessi in una misura che si presuppone omogenea (o tendenzialmente omogenea) a quella di mercato. La modificazione apportata con la novella della l. n. 353/1990, sia per le motivazioni che hanno accompagnato l'intervento del legislatore del processo, sia per la sede e l'occasione in cui essa è stata operata, più che all'esigenza di determinare (e quindi aggiornare) la misura del tasso (ai probabilmente mutati livelli del tasso medio di mercato), sembra essere ispirata dalla diversa finalità di far sì che i creditori pecuniari non debbano essere danneggiati dalla (notoriamente lunga) durata del processo civile. Il legislatore sembra avere fatto proprio questo convincimento del comune sentire, secondo il quale il debitore tenderebbe ad approfittare di questa grave disfunzione del nostro sistema giudiziario per procrastinare il pagamento dei propri debiti, nella consapevolezza che il «costo» della dilazione del pagamento è limitata, appunto, al 5% (la relazione Acone e Lipari al testo approvato dalla Commissione giustizia afferma, infatti, che la modificazione del tasso risulta diretta a «sradicare la posizione di quanti, essendo portatori di un debito di valuta, vedono nella durata del processo uno strumento oggettivo per ridurre l'effetto economicamente negativo dell'adempimento a detrimento dell'interesse del creditore»). Non è ben chiaro (e probabilmente non lo è stato neanche per gli artefici della riforma), pertanto, se il legislatore della novella sul processo con l'intervento dell'elevazione, e più precisamente raddoppio (dal 5% al 10%) della misura del tasso, intendesse perseguire la finalità di abbreviare la durata del processo civile oppure quella di rendere più costosa, per il debitore chiamato in giudizio, la dilazione, connessa alla durata del processo, del pagamento del debito pecuniario. In altre parole non è chiaro se con l'intervento di modificazione del tasso il legislatore intendesse risolvere una disfunzione del processo civile o semplicemente prenderne atto e piegare la disciplina civilistica alle disfunzioni del processo civile. È certo che, come nella sostanza è stato rilevato dal primo commento della nuova versione

³⁰⁷ Sul punto v. la trattazione di INZITARI, *La moneta*, in ID., *Moneta e valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI, cit., 191.

dell'art. 1284 c.c.³⁰⁸, il legislatore si è mosso in un'ottica decisamente riduttiva della portata degli interessi legali, finendo per identificarli scorrettamente con gli stessi interessi moratori, giungendo addirittura, sembra di dover ritenere, ad individuare – con interpretazione clamorosamente erronea del sistema normativo degli interessi – lo spazio di azione di quest'ultimi con la decorrenza degli interessi nel corso del processo.

Si tratta, evidentemente, di un intervento legislativo figlio del suo tempo, tipico di una fase in cui, anche nella materia civile, trovava ampio spazio l'immissione di regole giustificate più per il loro carattere di deterrente che per la loro effettiva razionalità ed aderenza con le esigenze del traffico giuridico e, tantomeno, aderenti alle complessive esigenze di coerenza del sistema di diritto privato, ormai neglette nella scarsa sensibilità del legislatore contemporaneo.

Il debitore, al fine di evitare l'onere di un tasso degli interessi raddoppiato rispetto al passato, dovrebbe essere indotto dall'astenersi da atteggiamenti dilatori con l'effetto (sperato dal legislatore) di «rendere più rapidi» i tempi del processo civile e di scoraggiare le opposizioni ingiustificate alle pretese creditorie (in particolare le opposizioni a decreto ingiuntivo). È singolare, in ogni caso, che la riforma della disciplina generale del tasso degli interessi sia finita per essere limitata e con questo immiserita in una *ratio legis*, propria della «legislazione dell'emergenza», che nella sostanza consiste nel collegamento, arditamente effettuato dal legislatore, tra l'inasprimento della sanzione connessa al ritardo del pagamento ed il preteso impulso di maggiore efficienza del processo civile. Soprattutto non si comprende o, comunque, appare semplicistico ritenere che un aggravamento della sanzione connessa al ritardo nell'adempimento possa direttamente influire sui (lungi) tempi della giustizia civile, i quali, come è noto, solo in scarsa misura dipendono dal comportamento delle parti, se non per il caso, che certo non può essere generalizzato ed essere assunto a criterio di normalità, a costo di assumere una visione fortemente distorta del processo civile, del debitore dolosamente colpevole di tenere un ingiustificato atteggiamento dilatorio rispetto alle fondate pretese creditorie, che, per evitare il rischio di pagare interessi moratori elevati, viene indotto a desistere dalla causa o dall'opposizione a provvedimenti monitori. Il risultato è stato quello mortificante di tutti i provvedimenti la cui *ratio* è, di per sé, affidata alla loro efficacia quali deterrenti: colpiscono in modo non selettivo, provocando nel nostro caso, alternativamente, oneri imprevisi ed ingiustificati, oppure favorendo la rinuncia (che facilmente può divenire preclusione) alle possibilità di difesa che normalmente debbono essere offerte dall'ordinamento. Sembra quasi che le articolate vicende della considerazione da parte del legislatore delle contrapposte «ragioni» del creditore e del debitore abbiano subito una forte accelerazione a favore di una più forte tutela delle ragioni creditorie, più che per effetto di una meditata ricon-

³⁰⁸ Cfr. QUADRI, *La modificazione del saggio degli interessi legali (art. 1, legge 26 novembre 1990, n. 353) (NLCC, 1990, 1418)*.

siderazione degli interessi delle due potenziali ed astratte categorie (creditorie e debitorie), per effetto di «misure» tese a scoraggiare, nella sostanza, l'accertamento in giudizio dei crediti pecuniari³⁰⁹.

28. Portata della modificazione del raddoppio della misura del tasso degli interessi legali.

La modificazione della misura del tasso degli interessi, benché, come abbiamo visto, motivata dalla finalità di inasprire la misura degli interessi moratori, ha comportato effetti più ampi di quelli probabilmente perseguiti dal legislatore. L'effetto è stato, infatti, il raddoppio della misura del tasso degli interessi legali a livelli, peraltro, sconosciuti, almeno per la misura degli interessi legali, negli ordinamenti contemporanei. La determinazione legislativa del tasso legale ha, infatti, nel nostro ordinamento, così come risultato nel codice del 1942 dall'unificazione delle obbligazioni civili e commerciali³¹⁰, la funzione di disciplinare il tasso di riferimento per tutti i crediti pecuniari liquidi ed esigibili, i quali, come prescrive l'art. 1282 c.c., «producono interessi di pieno diritto». Considerata la portata generale di siffatto principio che consente, quindi, la produzione di interessi cosiddetti corrispettivi per ogni debito pecuniario che sia determinato ed esigibile (cioè non sottoposto a termine), la modificazione della misura del tasso legale degli interessi incide in misura corrispondente all'entità della cosiddetta «naturale fecondità del danaro»³¹¹.

Analogamente la modifica in parola incide in tutte quelle numerose ipotesi in cui la stessa legge stabilisce la decorrenza degli interessi legali: il legatario per il legato di somma di danaro (art. 699), il proprietario sulle somme impiegate a favore dell'usufruttuario (artt. 983, 1005, 1009, 1010), il cedente *pro solvendo* sulla somma non pagata dal ceduto (art. 1267 c.c.), il venditore per liberarsi della garanzia per evizione sulla somma pagata (art. 1486 c.c.), il venditore per gli interessi compensativi sul prezzo (art. 1499), il locatore per le anticipazioni all'affittuario (art. 1652 c.c.), il mandatario per le somme rimosse per conto del mandante (art. 1714), il creditore nell'indebito (artt. 2033-2036), il mutuante ed il depositario del deposito irregolare (art. 1815), il correntista per le rimesse nel conto corrente (art. 1825), il creditore privilegiato, pignoratizio ed ipotecario con riguardo alla prelazione sino alla data della vendita (artt. 2749, 2788, 2855),

³⁰⁹ Cfr. sul punto DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, sub artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, *passim*; BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, *passim*.

³¹⁰ Cfr. INZITARI, *La moneta*, in ID., *Moneta e valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI, cit.

³¹¹ L'espressione, ancora profondamente influenzata da un approccio fortemente naturalistico, è della Relazione al codice civile, n. 593, fatta poi propria dalla dottrina: v. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1966, 332; INZITARI, *op. cit.*, alla nota prec., 192.

il creditore di interessi convenzionali superiori al tasso legale non determinati per iscritto (art. 1284, ult. comma) il conduttore sulle somme del deposito cauzionale (art. 12, l. 27-7-1978, n. 392). Dalla breve, sommaria ed incompleta rassegna di ipotesi ora enunciate risulta evidente che gli effetti della modificazione legislativa sono andati di gran lunga oltre l'obiettivo che il legislatore aveva inteso perseguire di sanzionare il comportamento del debitore pecuniario moroso.

29. La tradizione legislativa e giurisprudenziale della flessibilità e variabilità della misura del risarcimento delle obbligazioni pecuniarie.

Il sistema italiano del risarcimento del danno nelle obbligazioni pecuniarie è fondato, in conformità con la tradizione europea³¹², su un sistema che consente, contemporaneamente, tanto il ricorso alla liquidazione del danno in misura fissa forfettaria (1° comma dell'art. 1224 c.c.), quanto alla liquidazione dell'ulteriore risarcimento, nella sostanza secondo le regole probatorie di diritto comune³¹³. È in virtù di questo sistema che, appunto, si basava sulla determinazione degli interessi legali in una misura, contenuta al 5%, di per sé non assorbente l'intero possibile ammontare del danno effettivamente subito dal creditore, che la giurisprudenza e la dottrina avevano, particolarmente nell'arco dei quindici anni precedenti, dato vita ad una delle più originali creazioni della storia della determinazione del danno da inadempimento. Era, infatti, stato costruito un sistema di determinazione improntato a criteri di flessibilità e variabilità, in relazione alle situazioni oggettive e soggettive delle diverse pretese creditorie pecuniarie, articolato dalla giurisprudenza sulla possibilità di riconoscere come risarcibile, in determinati casi, il danno da svalutazione, in altri il tasso bancario, dei rendimenti dei titoli di stato o altro, a seconda di vari criteri di individuazione soggettiva, in ordine ai quali si era peraltro sempre mantenuto un ricco ed ampio dibattito³¹⁴.

Tutta questa esperienza, che aveva animato per almeno tre lustri la vita giuridica del nostro paese³¹⁵, deve avere rappresentato per il legislatore della riforma del processo del 1990 un continente del tutto sconosciuto, del quale non è

³¹² Cfr. INZITARI, *La moneta*, in ID., *Moneta e valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI, cit., 303.

³¹³ Cfr. INZITARI, *op. cit.*, alla nota prec.; ID., *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni Unite sul «maggior danno» nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie* (GI, 1986, I, 1, 1161).

³¹⁴ Cfr. INZITARI, *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni Unite sul «maggior danno» nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, cit., 1161, e per una visione d'insieme BRECCIA, *op. cit.*, 322 ss.

³¹⁵ Basta sfogliare le molte pagine dedicate al tema in CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile, sub art. 1224 c.c.*, Padova, 1992.

apparso opportuno né informarsi, né tantomeno tenerne conto. È opportuno ricordare che proprio il tema del rapporto tra il risarcimento forfettario attraverso la liquidazione degli interessi e il maggior danno *ex art.* 1224, 2° comma, era stato al centro di un articolato dibattito in ordine alla cumulabilità. Ricordiamo che il tema dell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie ha continuato a fornire alla giurisprudenza la possibilità di interventi su problematiche del tutto nuove e di centrale rilevanza nel sistema del diritto delle obbligazioni.

30. Il problema della cumulabilità degli interessi moratori e del maggior danno nella giurisprudenza.

Un'occasione era stata data dalla pronuncia della Cass., sez. lav., 14-1-1988, n. 260³¹⁶, che aveva stabilito che «in caso di inadempimento di un'obbligazione di valuta gli interessi legali non possono essere cumulati con l'eventuale rivalutazione monetaria». La fattispecie non riguardava i crediti di lavoro, per i quali l'art. 429, 3° comma, c.p.c. testualmente riconosce a favore del prestatore di lavoro «oltre gli interessi nella misura legale, il maggior danno eventualmente subito dal lavoratore per la diminuzione di valore del suo credito», bensì i crediti pecuniari per prestazioni previdenziali, per i quali la svalutazione verificatasi durante la mora del debitore allora non giustificava ancora in sé alcun risarcimento automatico, ma poteva dar luogo al risarcimento dei danni ai sensi del 2° comma dell'art. 1224 c.c. La Cassazione aveva osservato che gli interessi moratori, di cui al 1° comma dell'art. 1224 c.c., hanno una funzione risarcitoria, in quanto rappresentano il risarcimento forfettario del danno, il quale coincide con gli interessi corrispettivi che il creditore avrebbe in ogni caso conseguito se avesse avuto la disponibilità della somma di danaro. Una funzione risarcitoria è anche svolta dalla previsione di cui all'art. 1224, 2° comma, c.c., che consente, appunto, il risarcimento del danno ulteriore che non sia coperto dagli interessi. Partendo da questa osservazione la Cassazione era giunta ad affermare che la liquidazione del maggior danno nelle forme della rivalutazione monetaria, costituendo essa stessa il risarcimento del danno, per non avere il creditore potuto godere della somma dovuta sin dalla scadenza, assorbe ed esaurisce i danni spettanti al creditore. Di conseguenza, a tale rivalutazione monetaria non avrebbero potuto essere aggiunti gli interessi (di cui al 1° comma dell'art. 1224 c.c.), in quanto «il riconoscere anche gli interessi sulla somma rivalutata equivale a risarcire, sia pure con sistemi diversi, due volte lo stesso danno». Sempre secondo la Cassazione questa possibilità sarebbe consentita solo ed unicamente per le obbligazioni derivanti da fatti illeciti, nelle quali la rivalutazione della somma da liquidarsi a titolo di risarcimento dei danni e gli interessi sulla som-

³¹⁶ *GI*, 1988, I, 1, 1982.

ma rivalutata assolvono funzioni diverse. La prima mirerebbe a ripristinare la situazione patrimoniale del danneggiato, quale essa era prima del fatto illecito, ed a porlo nella situazione in cui si sarebbe trovato se l'evento dannoso non si fosse verificato, mentre i secondi avrebbero natura compensativa e sarebbero perciò compatibili con la conseguenza secondo cui, sulla somma risultante dalla rivalutazione, debbono essere corrisposti gli interessi a decorrere dal giorno in cui si è verificato il fatto dannoso. L'indirizzo espresso da questa pronuncia era nuovo rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte di Cassazione, che aveva ritenuto che³¹⁷ «nelle obbligazioni pecuniarie, gli interessi legali, che in base al 1° comma, art. 1224 c.c., decorrono di diritto a carico del debitore in mora, rappresentano il lucro cessante presunto che il creditore avrebbe ricavato dall'impiego della somma dovutagli e vanno tenuti distinti dal risarcimento del 'danno maggiore', che può spettare al creditore stesso ai sensi del capoverso della norma citata, in quanto tale risarcimento non assorbe detti interessi, bensì si aggiunge ad essi»; oppure aveva affermato che³¹⁸ «nelle obbligazioni pecuniarie, la svalutazione monetaria verificatasi durante la mora del debitore non giustifica in sé alcun risarcimento automatico, avendo il creditore l'onere di provare il danno ulteriore subito in aggiunta a quello coperto dagli interessi legali. Ma il giudice, al fine della prova, può utilizzare anche presunzioni fondate su condizioni e qualità personali del creditore e sulle modalità di impiego del danaro coerenti con tali elementi, sempre però che il creditore abbia fornito concreti elementi che permettano di individuare le suddette situazioni e non si limiti a dedurre il maggior danno»; e, ancora Cass., 18-12-1987, n. 9428³¹⁹, nella quale si ribadisce che all'obbligazione di valuta è applicabile l'art. 1224 c.c., con la conseguenza della produzione dal giorno della mora dell'obbligo risarcitorio relativo agli interessi ed eventualmente ai danni maggiori.

L'orientamento della Cass., 14-1-1988, n. 260 citata trovò qualche adesione³²⁰. Gli argomenti mossi a favore di quest'ultima interpretazione della Cassazione risiedono nel fatto che la somma tra interesse e svalutazione monetaria comporterebbe addirittura un lucro per il creditore, il quale verrebbe a godere di una percentuale complessiva di rivalutazione del suo credito superiore al normale rendimento monetario del periodo. Sul piano più strettamente civilistico si osserva che il danno da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie consiste solo nel lucro cessante e che tanto gli interessi moratori quanto la rivalutazione monetaria sono entrambi categorie riconducibili al lucro cessante.

In realtà, quest'ultima osservazione non appariva risolutiva. Se anche si

³¹⁷ Si tratta della pronuncia Cass., 6-6-1981, n. 3661 (*MFI*, 1981).

³¹⁸ Cass., 16-3-1987, n. 2690 (*MFI*, 1987).

³¹⁹ *GC*, 1988, I, 977.

³²⁰ Di VALCAVI, *In tema di indennizzo e lucro del creditore: a proposito di interessi e di rivalutazione monetaria* (*FI*, 1988, I, 2318) e (semberebbe) di PARDOLESI, *Inadempimento di crediti previdenziali e «scomparsa» del danno da svalutazione* (*ibidem*, 2138).

ammettesse che, tanto gli interessi, quanto il maggior danno di cui al 2° comma dell'art. 1224 c.c., fanno parte della categoria del lucro cessante, deve pur sempre essere ancora dimostrato perché la liquidazione del maggior danno debba assorbire anche la liquidazione degli interessi moratori. L'opinione dottrinale citata si limita a formulare questa affermazione senza darne particolare dimostrazione. Forse l'unico motivo sul quale essa potrebbe essere fondata andrebbe identificato nel fatto che, con la dimostrazione del maggior danno, il creditore assolve, nella sostanza, alla prova del danno subito, e, quindi, il trattamento del debito pecuniario finirebbe per coincidere con il trattamento riservato a qualsiasi debito da risarcimento. Ma anche questa interpretazione non appare, a nostro parere, convincente. Diversi concorrenti elementi, tanto testuali, quanto sistematici e funzionali, confermano la diversa natura e funzione della decorrenza degli interessi moratori e dell'eventuale liquidazione del maggior danno, senza che quest'ultima possa assorbire la prima.

Da un punto di vista testuale ricordiamo che l'art. 1224, 1° comma, c.c., con maggiore precisione rispetto alle corrispondenti norme di diritto delle obbligazioni dei codici europei, nello stabilire l'obbligo del pagamento degli interessi moratori, contiene la rilevante specificazione «anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno» [peraltro derivante dalla tradizione del codice civile del 1865, senza che «il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita»; e prima ancora del code Napoléon, «sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte»; e prima ancora nell'insegnamento di Pothier, «ma d'altra parte per poterli esigere (gli interessi) non è obbligato a giustificare il danno cagionato dal ritardo del pagamento»]³²¹. Con questa espressione il legislatore ha voluto separare in modo netto ed inequivocabile il diritto alla liquidazione degli interessi moratori e l'eventuale danno subito dal creditore pecuniario. Tale principio non sta soltanto a significare l'esenzione dall'onere della prova di aver subito un danno, ma soprattutto che, se pure il debitore riuscisse a dimostrare che il creditore non ha subito alcun danno, per la struttura stessa del debito pecuniario gli interessi moratori sarebbero, comunque, dovuti. L'esistenza di un danno non ha, infatti, nulla a che fare con la decorrenza degli interessi moratori. Un chiaro esempio si deduce dall'art. 288 BGB., il quale, nello stabilire il principio della ricorrenza degli interessi moratori, non fa alcun riferimento al danno, bensì usa un'espressione, «mit vier von hundert für das Jahr zu verzinsen», che indica la mera produzione di interessi, indipendentemente dall'accertamento di un qualsiasi danno rilevante. Ancora, al 2° comma dello stesso articolo sempre il codice tedesco consente la possibilità di far valere i cosiddetti ulteriori o più ampi danni senza, peraltro, che da queste espressioni possano essere dedotti direttamente o indirettamente elementi dai quali escludere la possibilità di far valere, oltre agli interessi moratori, il diritto al risarcimento del maggior danno [al problema, infatti, la giurisprudenza e la dottrina tedesca non avevano dedicato par-

³²¹ POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, in ID., *Opere*², I, Livorno, 1841, § 170, 110.

ticolare attenzione; solamente Von Maydell³²² sembra escludere la possibilità di far valere il diritto al maggior danno e quello agli interessi: «der Glaubiger Kann nicht neben dem abstrakt berechneten Schadenersatz zusätzlich seinen Entwertungsschaden berechnen. Insofern ist ein Nebeneinander nicht möglich», ma questa opinione non è stata ripresa dalla dottrina successiva³²³. In conclusione, non si rinvengono, complessivamente, elementi che possano far ritenere la riconducibilità degli interessi moratori al danno. Questi ultimi svolgono una funzione finalizzata a compensare il creditore del pregiudizio patrimoniale subito dal ritardo nell'adempimento. Ma la funzione di forfetizzazione del danno, nel momento in cui viene dall'ordinamento giuridico resa così assoluta e indipendente dall'esistenza concreta di un effettivo pregiudizio (e questo lo abbiamo verificato nel constatare che al debitore è comunque preclusa la possibilità di dimostrare l'inesistenza del danno per il creditore), finisce per non avere nulla più a che fare con la categoria del danno, se non altro perché, in questo caso, l'assoluto automatismo dell'attribuzione degli interessi (in questo reso benissimo dall'espressione tedesca «zu verzinsen») prescinde e, per definizione, non può essere influenzato da elementi probatori diretti o indiretti, i quali, al contrario, costituiscono pur sempre l'elemento sulla base del quale sorge e viene definito il diritto al risarcimento del danno.

La soluzione della citata pronuncia della Cassazione appare, inoltre, difficilmente compatibile con lo stesso sistema delineato dall'art. 1224 c.c. Se, infatti, la dimostrazione del maggior danno dovesse portare ad escludere la corresponsione degli interessi, bisognerebbe, anche coerentemente, ritenere che, ogni qualvolta il creditore tenti di dare la prova del maggior danno e non riesca a fornire evidenze tali da dimostrare che il danno subito è di ammontare superiore all'interesse legale, il creditore finirebbe per correre il rischio di ottenere una somma inferiore a quella che avrebbe potuto ottenere attraverso l'automatica attribuzione degli interessi. Per rendere compatibile, quindi, questa interpretazione con le regole sottese all'art. 1224 nel suo complesso, si dovrebbe arrivare a costruire il seguente principio: il creditore fa valere il maggior danno solo allorquando questo, presumibilmente, sia superiore all'interesse legale sulla somma dovuta. La conseguenza sarebbe un singolare meccanismo probatorio, dove l'impegno per la dimostrazione del danno subito si svolgerebbe soltanto alla soglia del tasso legale, in altre parole non andrebbe dimostrata la parte del danno «coperta dal tasso legale» ma andrebbero dimostrati solo gli ulteriori danni subiti.

In realtà, la giustificazione del principio della decorrenza degli interessi moratori è del tutto parallelo a quello della decorrenza degli interessi sui debiti scaduti, liquidi ed esigibili dell'art. 1282 c.c. Essa dipende esclusivamente dalla legge, ed è del tutto indipendente (come espressamente ricordato dall'art. 1224 c.c.) dall'esistenza di una convenzione o di altro titolo precedente. La loro giu-

³²² Nella monografia, VON MAYDELL, *Geldschuld und Geldwert*, Munchen, 1974, 141.

³²³ Cfr. SCHMIDT, *Geldrecht*, § 461, Rdn. 188 ss.

stificazione va ricercata unicamente nello svantaggio subito dal creditore per non aver potuto avere a disposizione quella liquidità monetaria della quale, con una corretta osservanza dell'adempimento dell'obbligazione da parte del debitore, avrebbe potuto disporre. Il risarcimento del danno implica, al contrario, necessariamente la dimostrazione di una particolare perdita patrimoniale che si è in concreto verificata nel patrimonio del debitore, la quale, come aveva ripetutamente affermato la Cassazione, sia pure attraverso prove presuntive, ha pur sempre, per sua natura, una dimensione soggettiva, eventuale e contingente, che varia da creditore a creditore, da obbligazione a obbligazione. L'interesse moratorio esprime, infatti, una liquidazione forfettaria del mancato vantaggio della liquidità e, cioè, la liquidazione di un pregiudizio meramente potenziale, pressoché indimostrabile, e, soprattutto, strettamente legato al ruolo che l'ordinamento giuridico attribuisce al danaro nella società contemporanea, che un'antica dottrina, come abbiamo visto, ripresa anche nella relazione al codice, descriveva con parole che oggi possono apparire ingenuie, come contrassegnato da un carattere di naturale fertilità. La liquidazione del risarcimento del danno non dovrebbe, quindi, interferire col riconoscimento di questo prioritario principio, che, ripetiamo, è di carattere generale e non contraddetto dall'art. 1224 c.c., né da altra norma del capo relativo all'inadempimento delle obbligazioni, in quanto l'ambito patrimoniale che questo potrà coprire è solamente quello relativo al concreto pregiudizio (anche se l'onere della prova potrà essere alleviato dalle prove presuntive o indiziarie) subito dal creditore, mentre non è suscettibile di coprire quella potenziale perdita patrimoniale connessa al mancato godimento della liquidità (*Kapitalvorenthaltung bedingt einen Nutzungsausfall*).

31. Il problema della cumulabilità degli interessi moratori e del maggior danno alla luce dell'intervento legislativo del 1990 sulla misura del tasso legale.

La tendenza a sfuggire alla cumulabilità degli interessi con la liquidazione del maggior danno si era già manifestata in forma quanto mai arbitraria da parte, addirittura, della legislazione regionale, che, del tutto illegittimamente, con l. reg. Calabria 17-12-1981, n. 21 sull'amministrazione e contabilità delle U.S.S.L., aveva disposto all'art. 62, 4° comma, uno *jus singulare* di assoluto favore per le suddette U.S.S.L., secondo il quale gli interessi da ritardo sono interessi di mora comprensivi del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1224, 2° comma, c.c., impedendo, quindi, solo per le U.S.S.L. calabresi, l'onere della cumulabilità. La Corte costituzionale (sentenza 30-12-1991, n. 506)³²⁴ ne ha ovviamente (sia pu-

³²⁴ *FI*, 1992, I, 997.

re dopo dieci anni dall'entrata in vigore) dichiarato l'incostituzionalità per contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost., per inestensibilità della potestà legislativa regionale alla creazione di inammissibili aree territoriali di *jus singulare*.

La materia della cumulabilità si è da sempre presentata come una delle più tormentate. Mentre la giurisprudenza l'aveva ammessa a più riprese³²⁵, allorché la cumulabilità deriva dalla semplice interpretazione, laddove prevista *ex lege* dall'art. 429 c.p.c., si sono manifestati interventi tanto della Corte costituzionale che del legislatore. In passato si riteneva che la rivalutazione del danno riguardasse solo i crediti di lavoro e non le prestazioni di previdenza e assistenza obbligatorie³²⁶.

La Corte costituzionale, con sentenza 12-4-1991, n. 156³²⁷, è però intervenuta dichiarando la illegittimità dell'art. 442 c.p.c. «nella parte in cui non prevede che il giudice, quando pronuncia sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro per crediti relativi a prestazioni di previdenza sociale, deve determinare, oltre agli interessi nella misura legale, il maggior danno eventualmente subito dal titolare per la diminuzione del valore del suo credito, applicando l'indice dei prezzi calcolato dall'Istat per la scala mobile nel settore dell'industria e condannando al pagamento della somma relativa con decorrenza dal giorno in cui si sono verificate le condizioni legali di responsabilità dell'Istituto o ente debitore per il ritardo dell'adempimento» e stabilendo, con questo, la parificazione ai crediti di lavoro anche nel cumulo degli interessi e della rivalutazione.

Successivamente, dopo pochi mesi dal deposito della sentenza della Corte, il legislatore ordinario della legge finanziaria ha nuovamente ripristinato la situazione precedente, con l. 30-12-1991, n. 412, art. 16, 6° comma, il quale ha stabilito: «gli enti gestori di forme di previdenza obbligatoria sono tenuti a corri-

³²⁵ Cass., sez. I, 29-11-1990, n. 11518 (*MFI*, 1990): «in tema di appalto di opere pubbliche, la clausola contenuta nell'art. 36 del capitolato generale per le opere finanziate dalla cassa per il Mezzogiorno (6-7-1954), secondo cui il debito per il pagamento dalla rata di saldo è assoggettato agli ordinari interessi del 5% a partire da due mesi dopo il certificato di collaudo, non ha natura vessatoria, né comporta una limitazione di responsabilità, poiché gli interessi legali sono cumulabili con il risarcimento del maggior danno *ex art. 1224 c.c.*»; e precedentemente, T. Campobasso, 2-1-1984 (*GM*, 1984, 808): «in caso di inadempimento di obbligazione pecuniaria la svalutazione monetaria verificatasi nel corso della "mora debendi" giustifica di per sé un risarcimento automatico nella misura della svalutazione stessa, ma il creditore ha diritto ad un ulteriore risarcimento qualora fornisca adeguata dimostrazione di un maggior danno ed in particolare dia la prova che avrebbe impiegato la somma dovutagli in operazioni proficue. Gli interessi moratori non sono cumulabili con il danno conseguente alla svalutazione monetaria»; Cass., sez. II, 27-7-1984, n. 4440 (*MFI*, 1984): «l'art. 1224 c.c. stabilendo l'obbligo del debitore, in mora nel pagamento di obbligazioni pecuniarie, di corrispondere gli interessi e di risarcire il maggior danno che il creditore dimostri di aver subito, consente la cumulabilità tra la rivalutazione del credito base (capitale) e il pagamento degli interessi, con eccezione del solo caso in cui sia stata convenuta in anticipo la misura degli interessi moratori ad un tasso superiore a quello legale».

³²⁶ Cfr. Cass., 2-7-1981, n. 4320 (*MFI*, 1981); Cass., 23-3-1981, n. 1673 (*ibidem*).

³²⁷ *FI*, 1991, I, 1321.

spondere gli interessi legali, sulle prestazioni dovute, a decorrere dalla data di scadenza del termine previsto per l'adozione del provvedimento sulla domanda. L'importo dovuto a titolo di interessi è portato in detrazione dalle somme eventualmente spettanti a ristoro del maggior danno dal titolare della prestazione per la diminuzione del valore del suo credito».

32. *L'entrata in vigore della novella del tasso degli interessi legali e connessi problemi di diritto intertemporale conseguenti alla successione di leggi.*

Gli interventi del legislatore processuale nella materia degli interessi non sono stati accompagnati dalla benché minima disciplina delle questioni di diritto intertemporale, che inevitabilmente si accompagnano all'applicazione della disciplina ai rapporti in corso. La l. n. 353/1990 di riforma del processo civile contiene nella sua disposizione finale, all'art. 92, la fissazione dell'immediata entrata in vigore della sola disposizione di cui all'art. 1. Ne consegue che, in virtù del noto principio dell'art. 10, 1° comma, disp. prel., l'inizio dell'obbligatorietà della nuova formulazione dell'art. 1284 c.c. decorrerà dal quindicesimo giorno successivo a quello della pubblicazione. La l. n. 353/1990 è stata pubblicata nella *G.U.* dell'1-12-1990. La nuova versione dell'art. 1284 c.c. ha trovato, pertanto, applicazione dal 16-12-1990.

Anche in questo il legislatore della riforma del processo ha manifestato poca sensibilità per il tipo di intervento operato sul codice civile. Non si comprende, infatti, il motivo per cui il giorno dell'inizio dell'obbligatorietà del nuovo tasso legale sia stato fissato in una data anteriore di due settimane circa alla fine dell'anno e non sia stato fatto coincidere con l'inizio del nuovo anno quando è proprio l'anno (come del resto hanno stabilito da almeno due secoli le legislazioni in materia) l'unità di misura dell'obbligazione degli interessi, la quale, appunto, vive e può essere attuata esclusivamente attraverso il calcolo del tasso rispetto all'unità di tempo (giorni/anno, ecc.). Un inizio dell'obbligatorietà dal 1° gennaio successivo avrebbe certamente giovato alla semplificazione dei calcoli e quindi dell'applicazione della norma per la quale non esisteva la benché minima urgenza che entrasse in vigore, né lo spostamento di due settimane avrebbe mai comportato alcuna conseguenza sul piano delle finalità perseguite dal legislatore.

La legge di riforma del processo, l. n. 353/1990, non ha, inoltre, disciplinato le questioni di diritto intertemporale connesse alla sostituzione, operata dalla legge, del saggio degli interessi dal 5% al 10%. Del pari, nessuna norma di attuazione e transitoria accompagnò l'entrata in vigore della norma sulla rivalutazione dei crediti di lavoro, di cui all'art. 429 c.p.c. Al contrario, il legislatore civile, quando con la l. 22-6-1905 ridusse di un punto il tasso degli interessi lega-

li, provvede opportunamente a stabilire, all'art. 2 delle norme transitorie, che «la riduzione del saggio dell'interesse legale stabilita nell'articolo precedente si estende alle disposizioni di ogni altra legge che lo regoli in misura superiore a quella stabilita dalla presente legge. Non di meno resta ferma la misura di capitalizzazione del 5% per le affrancazioni, commutazioni e riscatti di ogni genere, derivanti da convenzioni, o da leggi anteriori alla presente legge», e poi all'art. 3 delle stesse disposizioni che «la presente legge non è applicabile agli interessi maturati nel tempo anteriore alla sua attuazione».

Il nuovo codice del 1942 accompagnò la nuova disciplina prevista in tema di interessi con ben due disposizioni delle norme di attuazione e transitorie: l'art. 160, relativo alla disciplina della mora, la quale investiva, quindi, anche le questioni connesse al periodo da prendere in considerazione per la liquidazione del maggior danno *ex art.* 1224 c.c., e l'art. 161 dedicato alla maturazione degli interessi legali dopo l'entrata in vigore del nuovo codice.

Il problema si pone, in questi casi, per i rapporti in corso, nei quali la maturazione degli interessi è iniziata anteriormente all'entrata in vigore della legge (nel caso ora in esame il 16-12-1990), in quanto il fatto, che costituisce la fonte per la produzione degli interessi, si è verificato anteriormente alla predetta data.

Astrattamente potrebbe essere ipotizzabile che: *a)* l'intero rapporto obbligatorio resti assoggettato alla disciplina anteriore sino all'esaurimento del rapporto; *b)* l'intero rapporto obbligatorio resti assoggettato alla disciplina posteriore sino all'esaurimento del rapporto; *c)* l'intero rapporto obbligatorio resti assoggettato ad entrambe le discipline, quella anteriore sino al 16-12-1990, quella posteriore successivamente a tale data.

Quest'ultima soluzione è quella più coerente con l'interpretazione della nuova legge tanto sul piano sistematico che su quello dei precedenti legislativi ed interpretativi della dottrina e della giurisprudenza anche costituzionale.

Ricordiamo che il problema fu affrontato dalla pronuncia 14-1-1977, n. 13 della Corte costituzionale in ordine all'applicabilità della nuova disciplina degli art. 429 c.p.c., e art. 150 disp. att. c.p.c. per i crediti sorti anteriormente alla l. n. 533/1973³²⁸. In quell'occasione la Corte esclude la soluzione *b)*, richiamando il principio di irretroattività della legge che, pur non essendo sempre costituzionalmente garantito, costituisce comunque espressione di civiltà giuridica, richiamato dall'art. 11 delle preleggi, particolarmente quando, come pure nel caso della l. n. 353/1990, non risulta in alcun modo deducibile una deroga al principio in parola. L'interpretazione che vuole la divisione del rapporto in corso in due fasi trova poi conferma nella disciplina espressamente dettata dall'art. 161 disp. att. trans., per regolare la successione di diversi tassi d'interesse nei rapporti in corso al 1942, nel quale è espressamente previsto che «i crediti di somme di danaro che siano divenuti esigibili prima dell'entrata in vigore del nuovo

³²⁸ *FI*, 1977, I, 259.

codice, producono, da questa data, interessi di pieno diritto, anche se tale effetto non si verificava secondo le disposizioni del codice del 1865. Gli interessi legali che si maturano dopo la data predetta devono essere computati al saggio stabilito dall'art. 1284 del nuovo codice». Considerato anche che la nuova versione novellata con la l. n. 352/1990 dell'art. 1284 c.c. è pur sempre parte integrante del codice civile, tale norma, di cui alle disposizioni transitorie, nonostante sia stata dettata per coordinare il passaggio dal vecchio al nuovo codice, finisce per costituire un principio in ordine alla disciplina delle modificazioni del tasso dell'interesse di portata generale e, comunque, immanente al sistema del codice civile, di cui l'art. 1284, ripetiamo, fa parte. Tutto questo trova poi conferma nella specifica disciplina dell'obbligazione degli interessi, per la quale vale il principio dell'art. 821, 3° comma, c.c., secondo il quale gli interessi si acquistano giorno per giorno, con l'importante conseguenza che se anche il fatto generatore degli interessi è anteriore (messa in mora, esigibilità, ecc.), lo snodarsi dell'obbligazione di durata è correlata alla maturazione giornaliera, la quale verrà, di conseguenza, regolata sulla base del diritto applicabile nel tempo, vale a dire in ciascun giorno in cui tali interessi si sono prodotti. Anche da questo deriva, pertanto, la necessità della divisione per i rapporti in corso di due distinte fasi: quella sino al 15-12-1990 compreso, nella quale si applicava il tasso del 5%, e quella dal 16-12-1990 compreso, nella quale ha cominciato ad applicarsi il tasso del 10%³²⁹.

³²⁹ In questo senso fu risolto anche il problema apparentemente più arduo della disciplina dei rapporti in corso alla data di entrata in vigore del nuovo codice, problema allora senz'altro più complesso e di maggiore portata dell'attuale, in considerazione del fatto che, con il nuovo codice civile, il 2° comma dell'art. 1224 apriva la possibilità ad un risarcimento anche del danno da inflazione che sarebbe stato particolarmente grave nel dopoguerra.

Intorno all'interpretazione dell'art. 160 disp. att. c.c., che regola il diritto intertemporale relativo alle disposizioni del codice concernenti la mora del creditore (art. 1206 ss. c.c.), l'inadempimento e la mora del debitore (art. 1218 ss. c.c.), le quali si applicano, anche se si tratta di obbligazione sorta prima dell'entrata in vigore del codice stesso, se l'offerta di pagamento sia stata compiuta ovvero l'inadempimento o la mora si sia verificato posteriormente, si aprì un vasto dibattito giurisprudenziale e dottrinario, nel quale anche allora finì per prevalere la tesi della soggezione alle due discipline, quella del vecchio codice sino al 1942 e quella del nuovo per il periodo successivo. Ricordiamo a tale riguardo: Cass., 10-5-1951 (*FI*, 1951, I, 1161); Cass., 31-12-1951, n. 2909 (*ivi*, 1952, I, 406); Cass., 20-8-1951, n. 2541 (*ivi*, 1951, I, 1161); Cass., 13-7-1951, n. 1942 (*ibidem*, 1329); sul punto v. anche l'articolato dibattito della dottrina: ALLORIO, *Successione di leggi in tema di mora* (*GI*, 1951, I, 2, 155); FAVARA (*GCCC*, 1951, III, 889); FEDELE, *Anatocismo e domanda in corso di giudizio. Mora debendi e risarcibilità del maggior danno* (*RDCo*, 1951, II, 184); SULLAM, *Ancora sulla successione di leggi in materia di mora* (*GI*, 1952, I, 1, 139).

33. *La determinazione convenzionale dell'interesse con riferimento al tasso legale nei rapporti in corso: criteri. Cenni alla modificazione della misura del tasso legale nel concordato preventivo (art. 160, 2° comma, n. 1, l. fall.).*

Il disagio per la mancanza di una disciplina di diritto intertemporale non si avverte in modo rilevante per la soluzione delle questioni di retroattività della nuova disciplina o di ultrattività dell'abrogata disciplina per i rapporti in corso, in relazione alle quali la soluzione, come abbiamo visto, risulta univoca ed agevole. Tale disagio si avverte, piuttosto, in relazione a quelle fattispecie in cui il rapporto obbligatorio «in corso» instaurato dalle parti era stato costruito dalle parti, o in taluni casi dalla legge stessa, con la determinazione di una delle prestazioni al tasso legale degli interessi, il quale, *medio tempore*, ha subito il rilevante incremento del 100% che conosciamo.

Non mancano, peraltro, ad ulteriore conferma del difetto di coordinamento della modificazione del tasso degli interessi legali rispetto alla legislazione preesistente casi specularmente identici, quale quello dell'art. 57 l. fall., relativo ai crediti infruttiferi non ancora scaduti alla data del fallimento, i quali una volta ammessi al passivo per l'intera somma subiscono una detrazione degli interessi composti, in ragione del 5% all'anno, per il tempo che resta a decorrere dalla data del mandato di pagamento sino alla data di scadenza del credito. La norma, che trova la sua giustificazione in complesse ragioni connesse alla realizzazione della *par condicio creditorum* nel fallimento e per le quali rinviando alla trattazione specificamente condotta in altra sede³³⁰, faceva riferimento al 5% con l'evidente intenzione e *ratio legis* di applicare il tasso legale. In particolare l'anomalia del riferimento numerico al 5% piuttosto che al tasso legale si spiega facilmente alla luce della storia tormentata dell'unificazione delle obbligazioni civili e commerciali nel nuovo codice del 1942. La legge fallimentare fu infatti redatta sul presupposto che la nuova codificazione mantenesse la duplicità dei codici civile e commerciale e con essi la duplicità delle obbligazioni civili e commerciali, con il conseguente mantenimento della duplice misura del 4 e del 5% degli interessi legali.

È molto probabilmente questa la ragione per cui l'art. 57 l. fall. fu redatto con riferimento diretto al tasso numerico proprio della materia commerciale, nella quale era logicamente compresa la legge fallimentare, in quanto altrimenti l'ammontare del tasso avrebbe dovuto essere indicato con una lunga e faticosa perifrasi («tasso legale per i debiti commerciali»). L'improvvisa accelerazione dell'unificazione dei codici, ed il fatto che il tasso legale fu fissato in generale al 5%, impedì probabilmente ai redattori della legge fallimentare di considerare

³³⁰ Cfr. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Commentario della legge fallimentare Scialoja-Branca*, sub artt. 51-63, Bologna-Roma, 1988, 219 ss.

che l'espressione numerica avrebbe potuto essere sostituita più agilmente con quella «tasso legale». Nel caso dell'art. 57, l. fall., in seguito all'entrata in vigore dell'art. 1, l. n. 353/1990, non si è presentato un problema di diritto transitorio, bensì di irragionevolezza del mancato adeguamento dell'art. 57 l. fall., per la sola casuale ragione che la formulazione della norma fu costruita con riferimento al contenuto numerico dell'allora tasso legale piuttosto che all'istituto generale del tasso legale suscettibile di subire modificazioni ed aggiornamenti nel corso del tempo.

Il mancato coordinamento con quest'ultima norma difficilmente emergerà, in quanto l'applicazione della norma è tutt'altro che frequente³³¹, ma nel caso in cui questo avvenisse riterremmo doveroso, per il giudice delegato chiamato ad applicarla, rimettere la norma alla Corte costituzionale, la quale potrebbe adeguarla alla nuova realtà normativa del tasso legale (sulla quale poggia il suo fondamento la norma in parola), con riferimento alla sopravvenuta manifesta irragionevolezza della norma in parola. Il problema è poi ancora più grave in tutti i rapporti obbligatori che per la loro conformazione giuridica o fattuale non consentono o, comunque, rendono piuttosto arduo al debitore degli interessi di liberarsi *ante tempus*.

Mentre, infatti, potrebbe essere agevole per il mandatario che si trova in possesso di somme riscosse per conto del mandante, oppure per il locatore in possesso del deposito cauzionale, provvedere a restituire le somme detenute al fine di evitare il più pesante onere della maggiorazione degli interessi, certamente molto più ardua è la posizione del mutuatario che ha convenuto di restituire la somma mutuata solo dopo il decorso di un lasso di tempo (evidentemente determinato su quelle che potevano essere le sue necessità di impiego e liquidazione della somma da restituire), ed ha, altresì, convenuto di remunerare la somma con gli interessi legali o – ed è la stessa cosa – con gli interessi convenzionali senza determinare la misura (i quali in virtù dell'art. 1284, 2° comma, c.c., dovranno essere calcolati, in mancanza di determinazione delle parti, nella misura del tasso legale).

Un'altra ipotesi può essere identificata nel caso del debitore concordatario che ai sensi dell'art. 160, 2° comma, n. 1, l. fall. ha offerto (evidentemente prima del 16-12-1990) garanzie per il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre i sei mesi. Da questo può facilmente derivare la sopravvenuta inadeguatezza di tali garanzie in seguito al raddoppio, successivamente verificatosi, del tasso degli interessi e, probabilmente, la difficoltà per il debitore concordatario ad assicurare il pagamento del più elevato tasso degli interessi, con tutte le gravi possibili conseguenze del mancato adempimento del concordato.

Allo stesso modo il problema si pone nel valutare le convenzioni negoziali, nelle quali il riferimento al tasso legale fu effettuato dalle parti o, comunque,

³³¹ Cfr. INZITARI, *op. cit.*, alla nota prec., 219 ss.

dall'obbligato nella consapevolezza che l'ammontare del tasso consistesse nel 5% e non in una misura maggiore, come, invece, è poi risultata dall'intervenuta modificazione legislativa.

In questo caso è necessario individuare il significato attribuito dalle parti con il riferimento al tasso legale.

Esso può consistere tanto nel richiamare come contenuto dell'obbligo una misura potenzialmente variabile, affidata alla discrezione del legislatore, che la potrà fissare come vigente a seconda delle possibili scelte di politica economica, quanto, all'opposto, nel richiamare la specifica misura numerica, che nel momento in cui è stato determinato l'obbligo costituiva il contenuto del tasso legale. Si tratta naturalmente di una questione interpretativa della volontà delle parti, la cui soluzione riposa sull'applicazione dei canoni ermeneutici correnti. Un criterio, che, comunque, l'interprete non potrà tralasciare nella ricostruzione del significato del riferimento al tasso legale, dovrà necessariamente consistere nell'eccezionalità o, comunque, nel carattere non usuale e non normale della determinazione del tasso degli interessi (e, cioè, del contenuto della prestazione oggetto dell'obbligazione) mediante *relatio* a valori variabili e completamente eterodeterminati. Il riferimento operato antecedentemente all'entrata in vigore della l. n. 353/1990 al tasso legale potrà ritenersi con certezza rivolto a rendere obbligatorie tra le parti anche le successive variazioni del tasso legale soltanto se, dal complesso dell'interpretazione del rapporto obbligatorio, sarà possibile dedurre che le parti avevano espressamente voluto sottomettere all'eterodeterminazione del legislatore la misura dell'interesse, intendendo cioè espressamente dinamizzare la determinazione dell'entità della prestazione degli interessi, e sottoporla ad un regime variabile. Si tratterà dei casi nei quali nella sostanza l'equilibrio negoziale era stato espressamente costruito sulla determinabilità della prestazione parallelamente ed in sintonia con la misura del tasso determinato dallo Stato. In altre parole il riferimento nei rapporti in corso al tasso legale non può essere *sic et simpliciter* tradotto nel riferimento al tasso di interessi legali vigente secondo l'intervenuta nuova legge. Si tratterebbe di un'interpretazione estremamente formalistica e per questo parziale e semplicistica. Dovrebbe, al contrario, essere preliminarmente dimostrato che le parti avevano scelto il regime tendenzialmente eccezionale della determinabilità della prestazione degli interessi rispetto a quello tendenzialmente normale della determinazione della misura degli interessi, e questo particolarmente in una tipologia di obbligazioni quale quella degli interessi che, come è noto, è sottoposta nel nostro ordinamento a particolari cautele di forma scritta (art. 1284, ult. comma) e che, come ha dimostrato la storia dottrinale, giurisprudenziale e legislativa, mal sopporta la determinazione mediante *relatio*³³². Si dovrà quindi tenere conto che nella maggior parte dei casi

³³² Su questo punto rinviamo ad INZITARI, *Limiti di ammissibilità della relatio nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali*, cit., 1018; INZITARI-FERRARI, *L'inefficacia della determinazione degli interessi bancari mediante relatio per mancanza di univocità e precisione*

l'indicazione del tasso legale nella determinazione negoziale degli interessi fa parte di un diffuso linguaggio figurato che usa in senso traslato il riferimento al tasso legale, intendendolo quale sinonimo (nelle forme retoriche della metonimia o della metafora) della misura numerica concreta del tasso legale corrente nel momento in cui le parti assunsero l'obbligazione degli interessi.

34. *Il problema degli interessi postfallimentari. Premessa.*

Come si è visto, la produzione degli interessi sui crediti pecuniari costituisce uno dei più rilevanti principi che informano l'intero diritto delle obbligazioni. La regola della libera maturazione degli interessi a carico del debitore non subisce eccezioni nel corso delle procedure esecutive ordinarie ed al creditore viene riconosciuto il diritto agli interessi anche per il periodo successivo al pignoramento. Al contrario, in ragione della diversa natura della procedura concorsuale collettiva, nel fallimento, come pure nelle altre procedure concorsuali, tale regola viene espressamente derogata dalla previsione della sospensione della maturazione degli interessi per i crediti chirografari, mentre per i crediti ipotecari, pignoratizi e privilegiati, il diritto del creditore alla maturazione degli interessi è consentita nei limiti degli artt. 2749, 2788, 2855, 2° e 3° comma, c.c.

35. (Segue). *La ratio della sospensione della decorrenza degli interessi nel fallimento ex art. 55 l. fall.*

La regola della sospensione degli interessi è contenuta nella Sezione II del Capo III della legge fallimentare, dedicata agli effetti del fallimento sui credito-

dei criteri di riferimento, cit., 224 ss. e, per ulteriori riferimenti bibliografici, M. FERRARI, *op. cit.*, 892-893, note 21-22-23; TARTAGLIA, *La relatio nella pattuizione degli interessi in misura ultralegale*, cit., 660; ID., *La forma del patto di interessi in misura ultralegale*, cit., 785; NIGRO, *Interessi ultralegali e «condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza»*, cit., 528; SINESIO, *Interessi pecuniari*, cit., 229; DE DOMINICIS, *op. cit.*, 53; OLIVIERI, *op. cit.*, 212. Cfr. per la giurisprudenza tradizionale, Cass., 20-6-1978, n. 3028 (*BBTC*, 1978, II, 416); Cass., 9-4-1983, n. 2521 (*GI*, 1984, I, 1, 1018); Cass., 14-2-1984, n. 1112 (*BBTC*, 1985, II, 313); Cass., 22-6-1985, n. 3760 (*GC*, 1986, I, 2529); Cass., 12-11-1987, n. 8335 (*MFI*, 1987); Cass., 3-12-1988, n. 6554 (*ivi*, 1988); Cass., 30-5-1989, n. 2644 (*BBTC*, 1991, II, 198; *GC*, 1989, I, 2034; *GI*, 1989, I, 1, 1692), con nota redazionale di CAVALLI. Hanno accolto l'orientamento a suo tempo manifestato da INZITARI, *Limiti di ammissibilità della relatio nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali*, cit., 1018; fra le pronunce di merito, v. T. Milano, 11-1-1990 (*BBTC*, 1991, II, 199; *DB*, 1991, 148); T. Palermo, 27-7-1989 (*RFI*, 1990, *Interessi*, n. 22); T. Milano, 15-6-1989 (*BBTC*, 1991, II, 418); T. Verona, 3-6-1989 (*GI*, 1990, I, 2, 408); T. Milano, 25-5-1989 (*BBTC*, 1991, II, 199); T. Milano, 13-4-1989 (*GM*, 1989, 1095); A. Milano, 11-10-1988 (*BBTC*, 1990, II, 277).

ri, nella quale vengono stabiliti i principi funzionali alla realizzazione concorsuale del credito nel fallimento.

All'art. 55 l. fall. viene stabilito che «la dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali e legali agli effetti del concorso fino alla chiusura del fallimento». Questo principio è espressione profonda della modificazione della pretesa del creditore nell'ambito della procedura fallimentare. Il diritto di credito, infatti, viene preso in considerazione nella procedura non certo con la finalità di realizzare l'adempimento del debitore, bensì piuttosto con la finalità di consentire la ripartizione del ricavato dalla liquidazione dei beni³³³.

Una tale regola è comune a tutte le legislazioni fallimentari ed è espressione dell'esigenza di stabilizzazione e definitiva fissazione quantitativa del passivo nel corso della procedura fallimentare. Da essa deriva l'esclusione della possibilità per i creditori concorrenti di poter esigere nel concorso con gli altri creditori gli interessi di qualsiasi tipo (corrispettivi, compensativi, moratori) sui crediti che vengono fatti valere nella procedura.

Con la liquidazione concorsuale e con l'assegnazione del ricavato vengono infatti soddisfatte le pretese creditorie quali si presentavano all'apertura della procedura e, quindi, per il capitale e per gli interessi sorti sino alla data di apertura della procedura medesima, restando esclusi gli interessi successivi (se non limitatamente alla decorrenza postfallimentare degli interessi sui crediti assistiti da privilegio generale, pegno o ipoteca).

La regola della sospensione degli interessi per tutta la durata della procedura concorsuale risulta pertanto funzionale alla più razionale ed efficiente attuazione della realizzazione concorsuale delle pretese creditorie. Va considerato, infatti, che il decorso del tempo gioca contemporaneamente a sfavore di tutti i creditori concorrenti con la stessa misura ed intensità. Conseguentemente la sospensione degli interessi costituisce la necessaria conseguenza per evitare una generale lievitazione di tutti i crediti ammessi al passivo, che porterebbe ad un identico aumento percentuale di tutti i crediti nel corso della procedura, che quindi non gioverebbe a nessun creditore e renderebbe inutilmente più laboriosa ed incerta la determinazione del credito da parte del curatore.

Ogni credito che viene accertato nel fallimento è, infatti, la base di calcolo per una soddisfazione concorsuale che potrà avvenire secondo la percentuale derivante dal peso complessivo di quel credito rispetto alla massa complessiva del passivo, in relazione all'ammontare del ricavato dalla liquidazione dei beni. Se venissero conteggiati a favore dei creditori concorrenti ulteriori interessi per tutta la durata della procedura si aumenterebbe la massa complessiva del passivo, si imporrebbe agli organi della procedura l'onere di calcoli che, per la loro complessità, risulterebbero gravidi di possibili contestazioni, ma nello stesso

³³³ In questo senso, nel vigore dell'abrogato codice di commercio, muovevano le osservazioni di BONELLI, *Il Fallimento*, Milano, 1938, 605; v., inoltre, INZITARI, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in *Comm. Scialoja e Branca l. fall.*, sub art. 55, Bologna-Roma, 1988, 132 ss.

tempo nessun creditore ne trarrebbe alcun vantaggio, in quanto l'ammontare del ricavato dalla liquidazione dei beni resterebbe in ogni caso invariato.

36. (Segue). *La sospensione degli interessi, ritorno in bonis del fallito ed esdebitazione.*

Il tenore dell'espressione enunciata dall'art. 55 l. fall., secondo cui la procedura fallimentare «sospende il corso degli interessi (...) agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento», ha indotto talora gli interpreti a ritenere che i creditori, una volta che abbiano riacquistato dopo la chiusura del fallimento il libero esercizio dei loro diritti *ex art. 120 l. fall.*, possano far valere nei confronti del fallito tornato *in bonis* la parte degli interessi che sarebbe rimasta sospesa durante il fallimento³³⁴.

Si tratta di una interpretazione che sia in dottrina che in giurisprudenza è stata solamente enunciata e mai sottoposta ad effettivo approfondimento critico.

In particolare, non sono stati mai approfonditi i profili dell'effettiva sostenibilità di una tale interpretazione in relazione ai principi generali di diritto comune che regolano l'obbligazione degli interessi, né è stata valutata la sua effettiva sostenibilità in relazione agli effetti che una simile interpretazione verrebbe ad avere nei rapporti patrimoniali-obbligatori che si verrebbero ad instaurare successivamente alla chiusura del fallimento tra debitore tornato *in bonis* e la generale platea dei creditori, con specifico riferimento alla compatibilità con i principi che regolano la responsabilità patrimoniale e la capacità patrimoniale del debitore stesso.

In realtà, la difficile percorribilità in concreto di tale tesi emerge immediatamente nel momento stesso in cui se ne valuti l'applicabilità in relazione alla disciplina della esdebitazione di cui agli artt. 142-144 l. fall.

È stato, infatti, osservato che, con l'applicazione della esdebitazione, il fallito andrebbe esente dalla responsabilità per l'ipotizzato debito per interessi maturati nel corso della procedura, in quanto, con l'ammissione da parte del tribunale del debitore al beneficio della liberazione dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti, la liberazione si estenderebbe anche agli accessori e, quindi, anche agli interessi, e questo perché «in tanto può perdurare il credito per interessi, in quanto continui ad esistere il credito principale cui [tali interessi] accedono»³³⁵.

³³⁴ Cfr. LAMANNA, *sub art. 55*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, Bologna, 2006, 800, ove l'Autore formula questa interpretazione in modo esplicito: GIUFFRÈ, *sub art. 55*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di Tedeschi, Torino, 1996, I, 332 ss.; BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Tratt. Galgano*, IX, Padova, 1986, 384; GUIZZI, *sub art. 55*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, 1093.

³³⁵ LAMANNA, *op. ult. cit.*, 800.

Sembrerebbe dunque che la liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti comporti anche la liberazione dal debito per interessi maturati nel corso della procedura a carico del fallito. In realtà, tale soluzione non appare chiara e piuttosto risulta contraddittoria, in quanto, se pure si ammette tale debito per interessi, esso non avrebbe in alcun modo natura concorsuale, né potrebbe essere definito quale debito residuo non soddisfatto nel fallimento.

Infatti, è pacifico che, se pure si ammettesse il sorgere di tale debito nel corso del fallimento, esso non potrebbe essere soddisfatto nel fallimento, né potrebbe essere ammesso al passivo. Conseguentemente, non potendo essere ricompreso tra i debiti fallimentari residui perché insoddisfatti nel concorso, esso non potrebbe neanche essere oggetto di esdebitazione ed il fallito sarebbe quindi destinato a risponderne integralmente.

Al fallito verrebbe fatto carico di un debito di dimensioni così rilevanti e imprevedibili da risultarne impossibile l'adempimento, in quanto tali ipotizzati interessi andrebbero calcolati sull'intero ammontare del passivo e poi moltiplicati per gli anni di durata della procedura. Inoltre, tale debito per interessi ricadrebbe su un soggetto il cui patrimonio è già stato completamente utilizzato e che dovrebbe adempiere nei confronti dei medesimi creditori già soddisfatti in tutto o in parte nel fallimento, dando vita pertanto ad una nuova insolvenza di rilevanti dimensioni e di impossibile soluzione ed utilità.

37. (Segue). *La controversa "maturazione" degli interessi nel fallimento.*

La tesi della maturazione degli interessi nel corso della procedura a carico del fallito (che sarebbe chiamato a risponderne dopo la chiusura del fallimento), in verità, non è mai stata sufficientemente approfondita e ancor meno sono stati affrontati i diversi profili (e problemi) applicativi che ne conseguirebbero.

Va considerato che le procedure concorsuali solitamente consentono ai creditori concorrenti una soddisfazione parziale e assai contenuta. Conseguentemente, nell'esperienza concreta, i creditori fallimentari che avevano potuto raggiungere una soddisfazione solo parziale del loro credito non hanno neanche maturato una concreta aspettativa a coltivare anche una ulteriore pretesa per interessi che si assumerebbe sarebbero sorti in costanza e nel corso del fallimento.

Se, infatti, dalla liquidazione fallimentare di tutto il patrimonio del fallito i creditori hanno potuto ottenere una soddisfazione solo parziale, risulterebbe per essi poco realistico coltivare e radicare giudizialmente pretese, oltre che per il residuo credito fallimentare rimasto insoddisfatto nella procedura, anche per un preteso ulteriore credito per interessi che sarebbero decorsi a carico del fallito in tutta la durata della procedura di fallimento, durata che, peraltro, solitamente è

tutt'altro che breve e comunque non è prevedibile, né suscettibile di essere modificata da parte del fallito, il quale non ha alcun potere di determinazione dei tempi della procedura.

Alle predette difficoltà si aggiunge inoltre l'ulteriore circostanza data dal fatto che il soggetto che fallisce ormai assai difficilmente è una persona fisica il cui patrimonio, almeno del tutto teoricamente, potrebbe venire ad incrementarsi successivamente alla chiusura del fallimento³³⁶, ma è piuttosto una società, che, con la chiusura del fallimento, risulta del tutto priva di capitale e patrimonio ed è destinata all'estinzione, con conseguente sostanziale impossibilità di ipotizzare, dopo la chiusura del fallimento, una ulteriore fase di soddisfazione del debito residuo ed ancor meno di somme per interessi maturate a carico della società fallita nel corso della procedura di fallimento³³⁷.

Nonostante le procedure concorsuali normalmente si chiudano con la completa utilizzazione dell'intero patrimonio del debitore e conseguentemente con l'impossibilità di una qualsiasi soddisfazione per ulteriori crediti che fossero sorti nel corso della procedura da parte del fallito tornato *in bonis*, deve essere rilevato che si sono registrati dei casi in cui la procedura concorsuale si è conclusa in modo particolarmente positivo per i creditori e per la stessa società debitrice. Si tratta di quelle rare ipotesi in cui non solo tutti i crediti accertati ed ammessi al passivo sono stati integralmente soddisfatti nella procedura, ma con la chiusura della procedura è residua una parte dell'attivo, che quindi è rimasto nel patrimonio della società fallita tornata *in bonis* con una dotazione patrimoniale talora anche rilevante.

È comprensibile dunque che ai creditori che hanno visto soddisfatto il loro credito a suo tempo ammesso al passivo della procedura (credito che, non va dimenticato, era composto del capitale e degli interessi sorti anteriormente alla data di apertura della procedura), nei tempi non certo brevi della procedura fallimentare, l'esistenza di un residuo attivo possa apparire come l'occasione per far valere anche una ulteriore e nuova pretesa. Questa potrebbe essere basata, in sostanza, sui seguenti elementi: *a)* se pure la soddisfazione del credito ammesso al passivo è avvenuta integralmente, il creditore ha dovuto sopportare i tempi certamente non brevi della procedura e, conseguentemente, il creditore evoca il danno da ritardo nell'adempimento; *b)* essendo il fallito tornato *in bonis* con un patrimonio attivo eventualmente anche di un qualche rilievo, quest'ultimo potrebbe essere capiente rispetto alla pretesa postfallimentare dei creditori che ritengono di agire nei suoi confronti.

Questi temi sono stati affrontati in una recente pronuncia giurisprudenzia-

³³⁶ Mentre i beni che pervengono al fallito durante il fallimento sono compresi nel fallimento ex art. 42, 2° comma, l. fall.

³³⁷ Vedasi, sul punto, LIBERTINI, *op. cit.*, 137 ss.; DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1988, 253 ss. Sul tema degli interessi, cfr. anche DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996; QUADRI, *Gli Interessi*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1999, 642.

le³³⁸ (che riteniamo costituisca l'unica conosciuta sulla tematica della decorrenza postfallimentare degli interessi), in una fattispecie in cui la società sottoposta alla procedura concorsuale (che si era protratta per lungo tempo) risultava dotata di un cospicuo patrimonio, il cui ammontare appariva sicuramente superiore al fabbisogno del complesso dei crediti ammessi al passivo e, tra l'altro, per la gran parte soddisfatti già nella procedura. Questa pronuncia ha affrontato i delicati profili relativi all'efficacia endofallimentare, oltre che esterna, dell'accertamento del credito per capitale ed alla compatibilità della domanda per gli interessi nell'ambito e nel corso della procedura concorsuale.

In quella ipotesi, un creditore, dopo aver ottenuto la soddisfazione integrale nel fallimento (poi convertito in amministrazione straordinaria), ha richiesto il pagamento anche degli interessi maturati nel corso della procedura. In particolare, dopo aver realizzato la soddisfazione integrale del credito per la parte capitale e per gli interessi sorti sino alla data del fallimento, il creditore è venuto a conoscenza dell'esistenza di un residuo attivo di consistente ammontare e, quindi, ha richiesto l'ammissione al passivo in via chirografaria per ulteriori somme individuate nel loro ammontare negli interessi che il creditore sosteneva essere decorsi dalla data della dichiarazione di insolvenza in poi.

La domanda, secondo il creditore, avrebbe potuto essere giustificata sulla base della affermazione che, in presenza di tale più che positivo esito liquidativo caratterizzato da un *surplus* di attivo rispetto al fabbisogno concorsuale, il principio della sospensione degli interessi di cui all'art. 55 l. fall. non avrebbe più avuto ragione di essere applicato, in quanto lo scopo della procedura sarebbe stato realizzato³³⁹.

Secondo la citata pronuncia la configurabilità di tali interessi non viene esclusa, ma tali interessi potrebbero essere azionabili solo dopo la chiusura del fallimento e potrebbero essere ragguagliati all'entità del credito per sorte capitale accertata nel corso della procedura.

Tale accertamento potrebbe avere efficacia, a seconda che esso sia avvenuto con rito sommario avanti al giudice delegato, solo endoconcorsuale, o che sia

³³⁸ T. Milano, sez. II, 10-5-2012, *DF*, 2012, I, 6, 693 ss.

³³⁹ Dalla sentenza risulta che, nello specifico caso preso in analisi dal Tribunale, il creditore ha avanzato tale pretesa nelle forme della insinuazione tardiva, trovando l'opposizione della procedura di amministrazione straordinaria che ha eccepito l'inammissibilità e comunque la prescrizione del diritto, come pure è intervenuto il socio della società debitrice giustificando, a sostegno del suo interesse ad agire, il pregiudizio che avrebbe potuto subire per effetto del riconoscimento di un debito per interessi che avrebbe gravato in misura ingente sul patrimonio della sua partecipata. Il Tribunale di Milano ha deciso per la inammissibilità della domanda, rilevando che la sospensione degli interessi disposta dall'art. 55 l. fall. opera agli effetti del concorso, in quanto possono essere ammessi al passivo solo gli interessi prodottisi prima del fallimento, mentre quelli successivi alla dichiarazione di fallimento possono essere fatti valere verso il debitore sulla base del principio dell'art. 120 l. fall., che consente ai creditori di far valere appunto il credito rimasto insoddisfatto nel concorso per capitale ed interessi.

avvenuto in seguito ad un giudizio a contraddittorio pieno per effetto di una sentenza passata in giudicato emessa dal Tribunale o dalla Corte d'appello o dalla Cassazione, in seguito a giudizi di opposizione, impugnazione, revocazione o di giudizi di insinuazione tardiva sfociati in fase contenziosa.

In questi ultimi casi il giudicato sull'accertamento del credito fa stato anche al di fuori del concorso tra le parti del rapporto giuridico obbligatorio, con la conseguenza che il creditore potrà disporre di un titolo definitivo nei confronti del debitore fallito tornato *in bonis*, che potrà far valere per l'eventuale parte del credito rimasta insoddisfatta, come pure per gli interessi.

In ogni caso la pronuncia esclude che gli interessi maturati durante il fallimento possano essere ammessi al passivo del fallimento, né in sede sommaria, né in sede contenziosa impugnatoria, mentre sembra ritenere che potrebbero essere azionati dopo il fallimento sulla base dell'entità del credito determinato alla luce dei criteri prima indicati.

Una conferma indiretta viene ulteriormente argomentata nella motivazione della sentenza dalle previsioni dell'art. 121 l. fall. sulla riapertura del fallimento e dell'art. 118 l. fall. sulla chiusura del fallimento, dai quali si deduce che, una volta che sia stato chiuso il fallimento per integrale pagamento del passivo ammesso, non è data la possibilità di riaprire il fallimento neanche quando dopo la chiusura sopravvenga un nuovo attivo con il quale, in astratto, potrebbe essere possibile pagare gli interessi endofallimentari maturati nel corso della procedura.

In ogni caso, l'attribuzione ai creditori fallimentari di un *surplus* attivo non potrebbe mai avvenire attraverso la proposizione e il conseguente accoglimento di domande tardive, in quanto il diritto agli interessi sarebbe riconosciuto *singulatim* solo ai creditori più intraprendenti e solerti e non alla generalità dei creditori, con inammissibile violazione della *par condicio* e della concorsualità proprio all'interno della procedura fallimentare e ad opera degli stessi organi fallimentari.

La pretesa che fosse avanzata dai creditori per gli interessi maturati nel corso della procedura di fallimento non potrebbe essere fatta valere in alcun modo nei confronti della procedura, non solo a causa della sospensione del decorso degli interessi nella stessa, ma anche del fatto che gli unici crediti che sono suscettibili di essere presi in considerazione per la ripartizione ai creditori del ricavato della liquidazione dei beni sono quelli sorti prima dell'apertura della procedura e non certo per pretesi titoli postfallimentari, rispetto ai quali, quand'anche si ritenessero ammissibili, sarebbe precluso l'accertamento nel passivo fallimentare.

Ne consegue che, nel caso in cui con il ricavato della liquidazione dei beni sia stato possibile soddisfare tutti i crediti accertati al passivo e si sia verificato un residuo, il curatore fallimentare o il commissario straordinario (nel caso dell'amministrazione straordinaria) non possono assegnare tali somme ai creditori che ne facessero richiesta: non solo perché per i motivi svolti non è concepibile alcuna soddisfazione di un credito di interessi nel fallimento, ma perché tale credito per interessi non è mai stato accertato, né potrà essere mai accertato in una procedura concorsuale, e, conseguentemente, non può essere ripartita dagli

organi della procedura alcuna somma per soddisfare pretese creditorie per le quali non sia avvenuto e non sia possibile l'accertamento, né possono essere assegnate ai creditori concorsuali a soddisfazione di pretese per ulteriori interessi le somme che siano residue dalla liquidazione dei beni e dopo la soddisfazione di tutti i crediti ammessi al passivo della procedura³⁴⁰.

Ne consegue che ogni ricavo o attivo che residuasse dopo la chiusura del fallimento deve essere restituito al debitore fallito tornato *in bonis*. Questi potrà essere chiamato a rispondere di eventuali pretese avanzate dai creditori fallimentari secondo le regole di diritto comune, vale a dire secondo i principi sostanziali e processuali di carattere ordinario e non concorsuale.

Il fallito tornato *in bonis* risponderà, pertanto, secondo quanto previsto dall'art. 120 l. fall., per la parte dei crediti per capitale ed interessi ammessi al passivo del fallimento, ma che non furono soddisfatti con i riparti della procedura. Gli interessi cui fa riferimento l'art. 120 sono unicamente quelli sorti precedentemente alla apertura della procedura fallimentare e che, benché ammessi al passivo, non furono soddisfatti, in tutto o in parte, nella procedura concorsuale.

L'art. 120, infatti, non contiene alcuna previsione dalla quale sia possibile dedurre che durante la procedura decorrano a carico del fallito nuovi interessi, né prevede che il fallito tornato *in bonis* sia responsabile per obbligazioni per interessi che sarebbero sorte durante il fallimento.

Il 3° comma dell'art. 120 è estremamente chiaro nel riferire la responsabilità del fallito tornato *in bonis* al credito per capitale ed interessi non soddisfatto nel fallimento e che la procedura non ha potuto soddisfare per insufficienza dell'attivo rispetto al passivo. Inoltre, il 4° comma, nel delineare gli strumenti processuali attraverso cui il creditore insoddisfatto nel fallimento può far valere verso il fallito tornato *in bonis* il suo credito (ovviamente per capitale ed interessi), fa riferimento al credito ammesso al passivo e cioè al capitale ed agli interessi che per essere stati ammessi al passivo sono necessariamente sorti anteriormente al fallimento, con esclusione dunque di qualsiasi altri interessi che si ipotizzi possano maturare nel corso del fallimento.

38. (Segue). *Inadeguatezza della regola della sospensione degli interessi agli effetti del concorso per giustificare il sorgere dell'obbligazione degli interessi nel fallimento.*

Il problema interpretativo ed applicativo consiste, pertanto, nel valutare se dal principio di cui all'art. 55 l. fall. della sospensione degli interessi nel falli-

³⁴⁰ Cfr. anche per una più ampia trattazione, INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, sub art. 1282, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 2011, 426 ss.

mento (e quindi in tutte le procedure concorsuali) si possa dedurre che gli interessi decorrano a carico del debitore fallito.

A tal fine va necessariamente considerato che sul fallito ricadrebbe una responsabilità patrimoniale del tutto singolare e sconosciuta nella universale esperienza di diritto patrimoniale e di diritto civile: il fallito diventerebbe debitore per degli interessi che si ipotizza maturino fuori dal concorso, ma questi non potrebbe risponderne per tutta la durata della procedura concorsuale, e, ciononostante, ne diverrebbe responsabile con la chiusura del fallimento e con il ritorno *in bonis*.

In realtà, questa singolare fattispecie di debito senza responsabilità (debito che, tra l'altro, aumenta progressivamente nelle sue dimensioni nel tempo con il maturare degli ipotizzati interessi) e di responsabilità patrimoniale, che si concretizzerebbe con un ritardo certamente di anni rispetto al sorgere del debito, desta una serie di interrogativi e dubbi che portano ad escludere in radice la sua giustificazione e sostenibilità.

Deve essere considerato che dal momento in cui si chiude il fallimento e il fallito torna *in bonis* quest'ultimo è assoggettato al diritto comune delle obbligazioni, che regola quindi il sorgere ed il perdurare dei rapporti obbligatori sulla base delle generali regole di diritto civile.

Ed è proprio in relazione a tale principio che la tesi della maturazione degli interessi durante il fallimento a carico del fallito appare non solo non convincente, ma anche erranea.

Essa fa leva soprattutto sulla espressione usata dall'art 55 l. fall. secondo cui la dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali e legali «agli effetti del concorso». Una lettura affrettata e limitata alla disciplina fallimentare sembra avere argomentato a contrario che se il corso degli interessi è *sospeso agli effetti del concorso*, esso non è sospeso fuori del concorso e decorrono gli interessi a carico del fallito, il quale ne dovrebbe rispondere successivamente quando sarà venuto meno il fatto impeditivo costituito dalla procedura fallimentare.

Nel suo complesso la tesi può apparire anche lineare: *a)* gli interessi decorrono di pieno diritto; *b)* essi sono sospesi agli effetti del concorso, in quanto non possono essere conteggiati e, quindi, venire ad aumentare il volume del passivo fallimentare; *c)* per il fallito l'obbligazione di adempiere al debito per interessi rimane sospesa nel corso della procedura e diviene attuale con la chiusura del fallimento. Ma, nello stesso tempo, questa tesi rivela la sua unilateralità interpretativa, in quanto basata in modo assorbente su una regola, quale quella della sospensione degli interessi agli effetti del concorso, che non è certo diretta a disciplinare né la fonte, né la produzione della obbligazione degli interessi, quanto piuttosto a disciplinare la regolarità del concorso tra i creditori e l'efficienza della procedura fallimentare, che basa necessariamente la propria efficienza e giustizia sulla cristallizzazione dei crediti che concorrono sull'attivo fallimentare.

Ne consegue che le pretese creditorie che potrebbero essere fatte valere dopo

la chiusura del fallimento nei confronti del fallito tornato *in bonis* dovranno essere necessariamente valutate sotto i profili della esistenza, validità, efficacia, sulla base dell'intera disciplina che regola il diritto delle obbligazioni.

In particolare, va considerato che le pretese fatte valere da coloro che ritengono di vantare ragioni di credito che residuano dopo il fallimento vengono fatte valere verso un soggetto che ne risponde quale debitore di diritto comune, che, pertanto, è nella condizione di opporre tutte le eccezioni ed i principi che regolano il diritto delle obbligazioni.

Ciò significa che quand'anche si ritenesse che durante la procedura siano effettivamente maturati degli interessi fuori dal concorso fallimentare, questo non può essere elemento sufficiente per dedurre che il debitore sia automaticamente obbligato a risponderne, in quanto l'attribuzione di una simile così rilevante responsabilità ha come necessario presupposto che l'obbligazione per gli interessi sia validamente ed efficacemente sorta ed è evidente che una tale valutazione non può certo derivare da una mera interpretazione a contrario di una disposizione esclusivamente diretta a disciplinare la regolarità e l'efficienza del concorso, quale l'inciso contenuto all'art. 55 l. fall. «agli effetti del concorso».

39. (Segue). *Carenza del requisito dell'esigibilità del credito per capitale e non decorrenza degli interessi nel fallimento.*

Il debitore tornato *in bonis* dopo la chiusura del fallimento, se dovesse essere chiamato a rispondere degli interessi che i creditori fallimentari assumono essere decorsi durante la procedura e che non hanno potuto far valere nel fallimento, perché sospesi agli effetti del concorso, potrà opporre che la decorrenza postfallimentare degli interessi a carico del debitore fallito trova insuperabili ostacoli in diversi elementi e circostanze strettamente collegati alla natura ed ai presupposti di una siffatta obbligazione.

In primo luogo, manca il principale presupposto necessario per configurare la produzione degli interessi.

Come è noto, l'obbligazione degli interessi costituisce una obbligazione accessoria rispetto ad un debito principale, che consiste nel debito per la somma capitale. Tale obbligazione accessoria per gli interessi sorge a carico del debitore dal momento in cui la somma pecuniaria è determinata nel suo ammontare, cioè liquida e, soprattutto, dal momento in cui il credito è esigibile, cioè dal momento in cui il creditore può richiedere e conseguentemente ottenere coattivamente, attraverso l'esecuzione forzata, il pagamento del credito. Nello stabilire infatti il principio generale della produzione degli interessi legali, l'art. 1282 c.c. prevede che i crediti producano interessi di pieno diritto a condizione della liquidità ed esigibilità delle somme di danaro oggetto del credito (*crediti liquidi ed esigibili*).

Gli interessi di cui si ipotizza la maturazione nel corso del fallimento costituirebbero, quindi, l'obbligazione accessoria di un credito verso il fallito sorto prima del fallimento. Ma questo, in realtà, è assolutamente privo della qualità di *esigibilità*, in quanto, come è noto, una volta aperta la procedura di fallimento, né il creditore può richiedere al debitore il pagamento, né il debitore, quand'anche volesse, potrebbe eseguire il pagamento.

Al debitore, una volta aperto il fallimento, è tassativamente preclusa la possibilità di adempiere le obbligazioni, alla cui soddisfazione provvede nelle forme del concorso la procedura fallimentare. Con l'apertura del fallimento il credito diviene tassativamente inesigibile nei confronti del debitore e le condizioni di *esigibilità* mai si verificano nel corso della procedura fallimentare; al debitore fallito è precluso, anzi è fatto divieto di qualsiasi atto di pagamento, al punto che il compimento di un tale atto configurerebbe il grave reato di cui all'art. 216, 3° comma, l. fall. e, in ogni caso, il pagamento eseguito dopo la dichiarazione di fallimento è comunque inefficace ai sensi dell'art. 44 l. fall.

Appare quindi addirittura impossibile configurare l'esistenza di un credito *esigibile* da parte del creditore o meglio di tutti i creditori che partecipano al fallimento, in quanto nessuno di essi potrebbe pretendere dal debitore il pagamento, né rivolgere alcuna richiesta di pagamento, né tantomeno agire esecutivamente verso il debitore, considerato l'intervenuto divieto di azioni esecutive individuali di cui all'art. 51 l. fall.

Inoltre, quand'anche fosse promossa una azione fuori della procedura di accertamento del passivo, la sentenza di accertamento del credito e di condanna del debitore così ottenuta in via ordinaria non potrebbe essere fatta valere per tutta la durata della procedura, ma piuttosto potrebbe costituire titolo verso il debitore tornato *in bonis* dopo la chiusura del fallimento, ma solo per la parte del credito (vale a dire per la somma capitale e per gli interessi maturati sino alla data del fallimento) rimasta insoddisfatta, in tutto o in parte, nel fallimento, in conformità di quanto previsto dall'art. 120 l. fall.

L'assenza del requisito dell'*esigibilità* del credito verso il debitore esclude in radice la configurabilità della fattispecie della produzione degli interessi, in quanto, ai sensi dell'art. 1282 c.c., non si può onerare il debitore del peso di una obbligazione accessoria, quale quella degli interessi, quando lo stesso debitore in nessun modo potrebbe liberarsi del debito stesso per la sua assoluta *inesigibilità*.

In conclusione, la possibilità della maturazione degli interessi durante il fallimento a carico del debitore fallito è sicuramente esclusa per il fatto che la fattispecie produttiva degli interessi richiede che una tale obbligazione accessoria possa sorgere solo a carico del debitore che è obbligato al pagamento ed è nella condizione giuridica che gli consente di effettuare il pagamento. Al contrario, una volta dichiarato il fallimento e per tutta la sua durata, l'obbligo di adempiere alle obbligazioni viene assunto in modo esclusivo dalla procedura fallimentare e, nello stesso tempo, il debitore si trova in una condizione giuridica che gli

preclude ogni possibilità di adempiere all'obbligazione che pure fosse richiesta dal creditore.

L'ipotizzata maturazione degli interessi sui crediti fallimentari per tutta la durata della procedura comporterebbe la creazione a carico del debitore di un onere crescente cui il debitore sarebbe tenuto senza alcuna possibilità di potersi liberare per tutta la durata della procedura.

A ciò si aggiunge che il volume degli interessi dipenderebbe dalla durata della procedura, vale a dire un evento che il debitore subisce ed in nessun modo determina, con la conseguente inesigibilità degli interessi anche sotto il profilo della imputabilità, in quanto la causa efficiente del ritardo nell'adempimento della obbligazione pecuniaria (la quale sarebbe esigibile solo alla fine della procedura) non può essere certo individuata nel comportamento del debitore, che non è responsabile dei tempi della procedura, ma, piuttosto, è data da fatti estranei che non sono imputabili al debitore anche ai sensi dell'art. 1218 c.c., che, appunto, esclude la responsabilità per ritardo per fatti estranei al debitore.

40. (Segue). *Applicabilità della prescrizione alla pretesa obbligazione per gli interessi nel fallimento.*

Inoltre, va osservato che, quand'anche si ritenesse possibile la produzione degli interessi nel corso della procedura, il regime di tale obbligazione per gli interessi è comunque quello di diritto comune. Conseguentemente hanno effetto le cause di estinzione del credito per prescrizione secondo la disciplina di cui all'art. 2948, n. 4, c.c.

Ciò significa che, se pure si ritenesse di ipotizzare la produzione degli interessi nel corso della procedura, il debitore tornato *in bonis*, allorquando fosse richiesto del pagamento degli interessi maturati per tutto il tempo della procedura concorsuale fallimentare, potrebbe opporre l'eccezione di prescrizione.

L'efficacia di tale eccezione potrebbe essere messa in dubbio nel caso in cui la prescrizione del credito per interessi fosse sospesa per la durata della procedura fallimentare.

La disciplina del codice civile (che, tra l'altro, ha carattere tassativo) sulla sospensione della prescrizione, prevista agli artt. 2941 ss. c.c., non contiene principi dai quali è possibile dedurre la sospensione della prescrizione del credito degli interessi postfallimentari per la durata della procedura di fallimento.

Inoltre, non è comunque possibile dedurre la sospensione della prescrizione dall'art. 55 l. fall. Tale articolo concerne infatti l'esclusione della produzione e maturazione degli interessi agli effetti del concorso, vale a dire l'esclusione della conteggiabilità degli interessi quale parte del credito concorsuale da far valere nel concorso dei creditori, mentre nessun principio può essere dedotto in relazione alla prescrizione del credito degli interessi.

Va altresì considerato che una tesi che sostenesse al contempo la maturazione degli interessi e l'esclusione della prescrizione degli stessi interessi nel corso del fallimento risulterebbe insanabilmente contraddittoria e irragionevole e comunque inammissibile sotto vari profili, non ultimo il principio di cui all'art. 3 Cost.

Infatti, il creditore del soggetto sottoposto a procedura concorsuale potrebbe beneficiare degli interessi che si suppone maturino nel fallimento e lo stesso creditore non subirebbe, tuttavia, fino al momento della chiusura della procedura concorsuale l'effetto pregiudizievole estintivo del proprio diritto determinato dalla prescrizione.

Nello stesso tempo, il debitore sottoposto a procedura concorsuale subirebbe necessariamente la maturazione degli interessi a suo carico, senza possibilità di liberarsi dal debito e, inoltre, sarebbe costretto a subire l'attribuzione della responsabilità per la maturazione di interessi per un periodo di tempo ampiamente superiore al termine di prescrizione di cui all'art. 2948, n. 4, c.c., essendogli irragionevolmente impedito di poter limitare la dimensione dell'obbligazione agli interessi, non potendo pagare e, al contempo, eccepire la prescrizione quinquennale.

Esclusa, dunque, la possibilità di rinvenire una causa di sospensione della prescrizione, deve essere verificato se non sia possibile dedurre un principio di interruzione della prescrizione.

Il carattere tassativo delle cause di interruzione comporta che solo la costituzione in mora o la domanda giudiziale hanno una efficacia interruttiva. La prima, come è noto, ha carattere istantaneo e, pertanto, il nuovo periodo di prescrizione comincia a decorrere dalla stessa data della costituzione in mora; la seconda ha, invece, carattere permanente per tutta la durata del processo e ricomincia a decorrere dal momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio, in quanto all'effetto interruttivo si collega l'effetto sospensivo della prescrizione (art. 2945, 2° comma, c.c.).

Di norma nessun giudizio viene instaurato in relazione al credito per gli interessi postfallimentari e deve quindi essere piuttosto valutato se l'accertamento del credito al passivo della procedura per il capitale, oltre a determinare l'interruzione della prescrizione per il credito di capitale, lo determini anche per gli interessi³⁴¹.

L'interruzione della prescrizione per il credito del capitale è specificamente prevista dall'art. 94 l. fall., il quale stabilisce che la domanda di ammissione al passivo produce gli effetti della domanda giudiziale e, pertanto, gli effetti interruttivi dell'art. 2943 c.c. Deve essere però rilevato che nella domanda di ammissione al passivo o, come avviene nella amministrazione straordinaria, nella formazione da parte dei commissari dell'elenco dei crediti, non è in alcun modo compreso un credito per gli interessi postfallimentari, né d'altro canto sarebbe

³⁴¹ Cfr. INZITARI, *op. ult. cit.*, 431 ss.

in alcun modo proponibile nel procedimento di ammissione al passivo l'accertamento di un siffatto credito, considerata, per i motivi già esposti, l'estraneità della pretesa per gli interessi alle pretese che possono essere fatte valere nella procedura fallimentare, nell'ambito della quale, tra l'altro, è possibile far valere unicamente i crediti già formati prima del fallimento e non certo crediti postfallimentari.

Non risulterebbe, d'altro canto, nemmeno fondata la tesi che, muovendo dal carattere di obbligazione accessoria degli interessi, ritenesse esercitato anche il diritto sull'obbligazione accessoria degli interessi per effetto dell'atto di esercizio del credito sul capitale.

In realtà, il regime di prescrizione dell'obbligazione degli interessi è, come è noto, indipendente dalla prescrizione del debito principale, sia per quanto concerne la durata del periodo di prescrizione (per gli interessi è sempre di cinque anni, anche quando questi siano generati da un credito per capitale sottoposto a più ampio termine di prescrizione), sia per quanto concerne il carattere autonomo dell'obbligazione degli interessi rispetto all'obbligazione principale sul piano della estinzione del debito.

Il carattere accessorio dell'obbligazione degli interessi deriva dal fatto che si tratta di prestazioni, omogenee rispetto alla prestazione principale, che si aggiungono ad essa per decorso del tempo e sono commisurate ad una aliquota percentuale delle stesse. Il carattere dell'accessorietà colora direttamente la causa originatrice dell'obbligazione degli interessi, che inizia con il sorgere dell'obbligazione principale e cessa con l'estinzione dell'obbligazione principale stessa.

L'accessorietà assume dunque rilevanza nel collegamento genetico con l'obbligazione principale, mentre gli interessi, una volta maturati, costituiscono una obbligazione del tutto autonoma. Le vicende dell'obbligazione degli interessi sono, pertanto, del tutto indipendenti da quella dell'obbligazione principale e formano oggetto di separati atti giuridici.

Se, quindi, il principio di accessorietà può essere invocato in relazione ai profili della disciplina relativi alle modalità in cui si manifesta il flusso produttivo degli interessi, al contrario, per le vicende relative agli interessi già maturati, che vivono separati rispetto alla loro matrice genetica, è il principio di autonomia che deve informare la loro disciplina.

Dalle considerazioni da ultimo svolte deriva che la disciplina della prescrizione, che attiene alla fase in cui gli interessi sono ben separati dalla fase genetica, deve necessariamente essere risolta sulla base dell'assorbente principio dell'autonomia, con la conseguenza non solo che il termine prescrizionale è quello quinquennale stabilito dall'art. 2948, n. 4, c.c., proprio degli interessi, ma anche che l'atto interruttivo del credito degli interessi è autonomo rispetto a quello del credito per il capitale, fatto valere con la domanda di ammissione al passivo.

Da questo deriva che nel caso in cui si ritenesse possibile il sorgere dell'obbligazione degli interessi a carico del debitore fallito nel corso della procedura,

l'atto interruttivo dovrebbe essere formulato in modo autonomo ed espresso in modo tale che risulti che la concretizzazione della pretesa e la richiesta di pagamento sono avvenute in modo distinto dalla richiesta del capitale.

Il credito per gli interessi postfallimentari potrebbe, in ipotesi, essere fatto valere dai creditori, se essi hanno provveduto ad interrompere la prescrizione con appositi atti contro il debitore fallito, in quanto, altrimenti, quest'ultimo potrà eccepire efficacemente la prescrizione.

Deve essere peraltro considerato che se i creditori concorsuali ponessero in essere degli atti interruttivi della prescrizione nei confronti del fallito, tali atti non potrebbero comunque avere efficacia.

L'atto interruttivo della prescrizione infatti consiste in un invito o richiesta rivolta al debitore di adempiere l'obbligazione, ma nel nostro caso, come abbiamo già visto, il destinatario di una tale richiesta è il fallito che per definizione non può, anzi, gli è addirittura vietato di adempiere alla obbligazione. È evidente pertanto che l'eventuale richiesta di adempiere che fosse intimata al fallito nessun valido effetto può dispiegare, in quanto nel corso del fallimento e verso il fallito non è neanche configurabile un atto di costituzione in mora quale quello previsto dall'art. 2943, 4° comma, per la interruzione per la prescrizione. Infine va tenuto conto che la previsione di un periodo di prescrizione di cinque anni per gli interessi di cui all'art. 2948, n. 3, c.c. (prescrizione autonoma rispetto a quella del capitale) risponde all'esigenza, evidenziata sin dal codice napoleonico e poi da quello civile abrogato, di evitare che il debitore pecuniario si trovi obbligato, solo perché in mora e per effetto dell'inerzia del creditore nel pretendere l'adempimento, a pagare al creditore ingenti somme per gli interessi accumulatisi per più di cinque anni. Stabilire un termine di prescrizione quinquennale non soltanto limita quantitativamente il volume delle somme dovute per interessi nel corso del tempo, ma, costringendo il creditore ad attivarsi con periodiche richieste di adempimento, e, cioè, atti di messa in mora del debitore, rende quest'ultimo consapevole dell'ammontare della obbligazione pecuniaria nel suo progressivo accrescimento.

Queste ragioni, che, non va dimenticato, sono alla base della attuale disciplina di prescrizione abbreviata degli interessi di cui all'art. 2948, n. 3, c.c., appaiono del tutto giustificate anche nell'ipotesi in cui – contrariamente a quanto in precedenza dimostrato – si ritenesse che il fallito possa rispondere di debiti che si ipotizza siano sorti nel corso del fallimento.

Il fallito, infatti, quale debitore ha il diritto di conoscere se il creditore intenda richiedere o meno l'adempimento per il credito per interessi che si ipotizza possa essersi formato nel corso della procedura.

Infatti una volta che sono trascorsi 5 anni dalla data in cui è sorto il debito per interessi o ne è stato richiesto il pagamento, in mancanza di una ulteriore richiesta del creditore, secondo la disciplina della prescrizione abbreviata, il fallito quale debitore è legittimato ad eccepire la prescrizione quinquennale ed rifiutare il pagamento.

Se dovesse mancare per tutta la procedura una richiesta del creditore, il debi-

tore, una volta tornato *in bonis*, sarebbe esposto per ben cinque anni dalla fine della procedura ad una obbligazione per interessi maturata per tutta la durata della procedura stessa (e, pertanto, di ingente importo e probabilmente tutt'altro che facilmente determinabile), in ordine alla quale non è noto se il creditore intenda o meno esigerla.

Tale incertezza risulta poi particolarmente grave se si considera che le procedure concorsuali che in concreto possono chiudersi con un residuo attivo sono solitamente contrassegnate da una durata che supera di più volte il termine per la prescrizione del diritto agli interessi.

Appare, pertanto, anche sul piano della *ratio legis* della prescrizione, più che giustificato che il debitore tornato *in bonis* possa efficacemente eccepire la prescrizione del debito degli interessi per le annate trascorse senza valida richiesta del creditore.

41. (Segue). Crediti assistiti da pegno, maturazione degli interessi e prescrizione.

In relazione ai crediti garantiti da pegno, per i quali è prevista la decorrenza postfallimentare nei limiti di cui all'art. 55 l. fall., che richiama l'art. 2749, è sorto il problema se il creditore che fosse stato soddisfatto in tutto o in parte nel corso del fallimento, nel caso in cui il bene oggetto del pegno non fosse stato venduto dalla procedura, potesse pretendere nei confronti del fallito tornato *in bonis* gli interessi. Questo in considerazione del fatto che, secondo quanto prescritto dall'art. 55 l. fall., che richiama l'art. 2749, 2° comma, c.c., il decorso degli interessi e l'estensione ad essi della prelazione avviene sino alla data della vendita del bene.

Nel caso in cui la vendita del bene non sia mai avvenuta, in quanto, ad esempio, il bene oggetto del pegno risultava privo di un valore che giustificasse la procedura di vendita (ad es. pegno su azioni di società fallita e/o delistata), il creditore potrebbe avanzare la pretesa al riconoscimento degli interessi, sostenendo che essi sarebbero decorsi anche in costanza di procedura concorsuale e tale pretesa potrebbe essere rivolta anche al fallito tornato *in bonis*.

In realtà, in questo caso contro il creditore garantito da pegno su bene non liquidato dalla procedura, il curatore ed il fallito tornato *in bonis* potranno opporre la prescrizione dello stesso diritto di pegno, con conseguente estinzione dell'obbligazione degli interessi che per disposizione eccezionale si erano prodotti solo in virtù dell'esistenza del pegno.

Il diritto di pegno si prescrive, infatti, al pari di ogni altro diritto con il decorso del termine ordinario decennale di prescrizione³⁴².

³⁴² BIANCA, *Diritto civile, Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, VII, 252; CICCARELLO, «Pegno (dir. priv.)», in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 698; RUBINO, *La responsabilità*

Dalla data di estinzione per prescrizione del diritto di pegno si arresta la produzione degli interessi, come pure si estingue l'obbligazione per gli interessi precedentemente sorti e se non è stato mai richiesto il pagamento del credito per capitale, si estingue anch'esso, con i relativi accessori, quali gli interessi sorti *medio tempore*. Pertanto, tali interessi non potranno più essere richiesti al curatore o al fallito tornato *in bonis*.

Va, infine, osservato che la prescrizione del diritto di pegno per mancato esercizio del diritto si verifica del tutto legittimamente, in quanto essa consegue non solo all'inattività del curatore che non ha realizzato il pegno, ma anche all'inattività del creditore garantito da pegno che non ha evidentemente mai fatto valere il diritto specificamente previsto dall'art. 53 l. fall. di realizzare egli stesso il credito garantito da pegno attraverso la richiesta ed anche la realizzazione della vendita del bene oggetto di pegno.

Quest'ultima previsione, consentendo al creditore pignoratizio di realizzare nella procedura egli stesso il pegno, ha anche la funzione di escludere che la prescrizione del diritto di pegno si possa realizzare a danno del creditore, il quale, al contrario, ha sempre la possibilità, anche nel corso della procedura, di esercitare il diritto di credito, di realizzare la vendita del bene e di impedire, quindi, il verificarsi della prescrizione del pegno medesimo.

patrimoniale, Il Pegno, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1982, 287; *CHIRONI, Trattato dei privilegi delle ipoteche e del pegno*, I, Torino, 1917, 287.

Finito di stampare nel mese di aprile 2017
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Volumi pubblicati

Strumenti

1. B. INZITARI (*a cura di*), *Valutazione del danno e strumenti risarcitori*, 2016, pp. XVIII-1102.



lamiaLibreria è un'area *in the cloud* totalmente gratuita che offre contenuti e servizi aggiuntivi legati alle opere Giappichelli. Diventerà un archivio virtuale al cui interno muoversi per effettuare ricerche (per data, autore, titolo, ecc.).

Come accedere

Cliccare sul link “*la mia libreria*” posto nella barra in alto del sito (o digitare l’indirizzo www.giappichelli.it/lamiallibreria). Per accedere al servizio è necessario registrarsi e impostare la propria *username* e *password*.

Come sbloccare i contenuti

All’interno de “*la mia libreria*” inserire il codice stampato all’interno del volume nella casella al di sopra del pulsante “sblocco codice libro”. Inserire l’intera sequenza di numeri e lettere comprensiva della parte già visibile, del tratto e della parte nascosta, senza spazi.

Cosa contiene

- L’intero volume in formato digitale.

www.giappichelli.it/lamiallibreria