

UNIVERSITA' DI CAMERINO
DOTTORATO DI RICERCA IN
“DIRITTO CIVILE NELLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE”
XVIII° CICLO

ART. 1224 C.C., MAGGIOR DANNO DEL CREDITO DI
IMPRESA DA INADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI
PECUNIARIE

Tutor
Chiar.ma Prof.ssa Barbara Marucci

Dottorando
Andrea Bonanni Caione

CAPITOLO PRIMO

IL FENOMENO DELLA ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI QUALE
CONSEGUENZA DELL'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE
RISARCITORIA.

SOMMARIO: 1. Gli elementi costitutivi della struttura dell'inadempimento. La mancata soddisfazione dell'interesse creditorio. – 2. Segue: la mora del debitore intesa quale accertata infruttuosa scadenza del termine: necessità. La rilevanza del ritardo nell'adempimento. - 3. Segue: La relazione tra diligenza e colpa nella valutazione dell'inadempimento. – 4. Fattispecie, vicenda e rapporto giuridico. – 5. L'adempimento quale unico strumento giuridico idoneo a produrre la soddisfazione dell'originario interesse creditorio. L'inadempimento quale momento di irreversibile crisi del rapporto obbligatorio originario. Conseguente estinzione di tale rapporto. Analisi delle vicende che si accompagnano alla estinzione del rapporto obbligatorio originario. – 6. L'inadempimento quale fattispecie estintiva o modificativa: l'inadempimento non imputabile. – 7. Differenza intercorrente tra adempimento tempestivo e spontaneo, adempimento tardivo e spontaneo, esecuzione forzata. Assimilabilità funzionale tra adempimento tardivo e spontaneo ed esecuzione forzata. – 8. L'art. 1218 quale strumento di neutralizzazione dell'interesse creditorio. L'obbligazione risarcitoria è l'unico rapporto obbligatorio nel quale l'utilità attesa può essere indifferentemente assicurata mediante l'esecuzione volontaria o quella forzata. – 9. L'inadempimento imputabile quale fattispecie novativa. Esame delle possibili critiche. - 10. Conferma dell'ipotesi ricostruttiva Funzione satisfattiva della vicenda. – 11. L'inadempimento quale scelta consapevole del debitore. L'obbligazione risarcitoria quale modalità facoltativa di estinzione del vincolo. – 12. Necessaria proporzionalità tra obbligazione inadempita ed obbligazione risarcitoria e rilevanza

del principio di ragionevolezza nella determinazione dell'obbligazione risarcitoria. Incidenza dei principi di proporzionalità e ragionevolezza sul potere equitativo del giudice e sull'autonomia negoziale delle parti. Abusività per contrarietà a buona fede del patto negoziale posto in violazione del principio di proporzionalità.

1. Lo studio della tematica dell'inadempimento consente, per sua natura, di apprezzare e valorizzare l'approccio metodologico e sistematico di quella parte della dottrina che predilige una analisi procedimentale e funzionale degli istituti giuridici. Ogni istituto deve essere studiato sia in relazione alla struttura che in relazione alla funzione: il rapporto obbligatorio e l'inadempimento non sfuggono a tale impostazione¹. Può anzi affermarsi che proprio lo

¹ P. PERLINGIERI, *Il fenomeno della estinzione nelle obbligazioni*, Camerino, 1972, p. 32: "L'istituto giuridico è fatto di struttura e di funzione, e, quindi, anche il rapporto, come istituto giuridico, ha il suo aspetto strutturale e il suo aspetto funzionale. Tuttavia la dottrina tradizionale ancora oggi pone l'accento logico sul profilo strutturale riducendo il rapporto a mera relazione." e, p. 28, "... da un punto di vista generale, va ribadito che la natura giuridica di un istituto consiste nella sintesi dell'aspetto strutturale e dell'aspetto funzionale: ogni istituto giuridico dev'essere studiato sotto entrambi questi profili". Lo studio della problematica dell'inadempimento sarà condotto seguendo l'impostazione mediante la quale l'A. ha esaminato il fenomeno della estinzione delle obbligazioni, ovvero, *op. cit.*, p. 3, ritenendo che "Una corretta impostazione dei fatti estintivi dell'obbligazione non può rimanere a livello formalistico, a livello dello studio cioè delle strutture che consentono la realizzazione dell'estinzione, ma si deve concretare in una prospettiva funzionale tendente a mettere in evidenza che quel risultato, in sé e per sé sempre uguale, cioè l'estinzione dell'obbligazione, può inserirsi in maniera più o meno complessa, più o meno varia in diverse funzioni giuridiche". (per le indicazioni bibliografiche si veda P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni*

studio della vicenda legata all'inadempimento e degli effetti che tale fattispecie produce sul rapporto rimasto ineseguito, confermi la necessità di una valutazione di carattere funzionale².

Se, infatti, l'obbligazione deve essere letta come rapporto di collaborazione, teleologicamente orientato verso la soddisfazione dell'interesse creditorio³, l'inadempimento non può non porsi

diversi dall'adempimento, in *Comm. al Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, art. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975). Deve ritenersi che l'inadempimento sia fattispecie idonea ad incidere sul rapporto obbligatorio dando vita ad una particolare vicenda in funzione della realizzazione di un risultato. Obiettivo dello studio sarà, allora, l'individuazione delle struttura dell'inadempimento, al fine di evidenziare quale sia la vicenda che incide sul rapporto e quale la funzione che l'ordinamento assegna a tale complessiva vicenda.

² P. PERLINGIERI, *Il fenomeno della estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 28: "L'analisi di una fattispecie non può essere compiuta soltanto in termini strutturali né in termini soltanto effettuali: cioè, il profilo strutturale e quello funzionale non sono sufficienti, autonomamente considerati, ai fini della qualificazione di un atto".

³ Si può sin d'ora rimandare a P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, 1976, p. 1029, secondo il quale "... l'obbligazione si allontana definitivamente dall'originaria nozione di rapporto di subordinazione, prima fisica poi soltanto patrimoniale, del debitore al creditore. L'obbligazione non si identifica nel diritto o nei diritti del creditore; essa piuttosto si configura sempre più come un rapporto di cooperazione rivolto all'attuazione di un interesse patrimoniale del creditore da realizzare nel pieno rispetto del valore della dignità delle persone umane direttamente o indirettamente protagoniste della vicenda attuativa". Anche P. RESCIGNO, Voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Varese, 1979, p. 183, occupandosi della tematica delle definizioni dell'oggetto dell'obbligazione conferma come l'essenza del rapporto obbligatorio sia da individuare proprio nella cooperazione dei soggetti: "Il modello "dominativo" racchiuso nella proprietà e nei diritti reali non appare

quale momento di crisi irreversibile di tale rapporto. L'originario regolamento di interessi, in virtù del quale l'ordinamento aveva consentito la nascita di quel particolare vincolo è stato definitivamente leso. Tale fattispecie si caratterizza sia da un punto di vista strutturale – quali sono gli elementi costitutivi dell'inadempimento – sia da un punto di vista effettuale – a quale vicenda dà luogo l'inadempimento.

Il dato strutturale, in relazione al quale l'inadempimento si sostanzia nel mancato soddisfacimento dell'interesse creditorio, si limita a fotografare staticamente il fenomeno, senza spiegare il legame che il sistema traccia tra rapporto obbligatorio

necessario a disegnare la trama di tutti i rapporti giuridici; al contrario sono proprio la cooperazione tra i soggetti e la situazione di potere e dovere corrente tra soggetti determinati, e non già la possibilità di trarre immediata utilità dalle cose o dalle (attività di) persone, a fornire lo schema di rapporto giuridico". Intesa in questo senso, per l'A., l'obbligazione diventa il paradigma sul quale costruire l'intera categoria dei rapporti giuridici. Anche E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953-1955, *passim*, vede nella cooperazione attuata nell'interesse del creditore l'essenza del rapporto obbligatorio, di modo che l'inadempimento si qualifica proprio quale delusione dell'interesse alla cooperazione, ovvero cooperazione mancata (p. 109 e *passim*). Per altri autori invece l'essenza del rapporto obbligatorio si individua nell'obbligo di tenere un determinato comportamento in funzione dell'attuazione dell'interesse del creditore. Si veda M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 231, l'obbligazione "designa quel rapporto giuridico in virtù del quale un soggetto è tenuto ad un dato comportamento per il soddisfacimento di un interesse di un altro soggetto". Questa posizione, pur cogliendo correttamente che l'oggetto del rapporto si sostanzia in un comportamento e non in un bene, mal si attaglia ad una lettura di questo storicamente aderente al dettato costituzionale, che vuole le relazioni intersoggettive quale strumento di applicazione del principio di solidarietà sociale (art. 2 Cost.). MANCA L. BARASSI

inadempito, obbligazione risarcitoria e responsabilità patrimoniale. Da tale dato strutturale occorre in ogni caso che l'esame della fattispecie prenda le mosse.

2. L'adempimento inesatto, al quale è equiparato il ritardo nell'adempimento, è la fonte cui l'ordinamento ricollega la nascita dell'obbligazione risarcitoria ex art. 1218. L'inadempimento designa quel momento nel quale il termine dell'obbligazione è scaduto e la prestazione dedotta, ancora possibile⁴ ed utile⁵, è rimasta parzialmente o totalmente ineseguita⁶.

Il primo quesito che si pone, al fine di individuare la struttura dell'istituto, è relativo alla enucleazione della nozione di

⁴ Diversamente l'obbligazione dovrà dirsi estinta. Così, tra tutti, M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959, p. 71. La sopravvenuta impossibilità della prestazione in realtà si sostanzia in una situazione giuridica del tutto diversa rispetto alle ordinarie fattispecie che incidono sul rapporto obbligatorio, sì da meritare, come si avrà modo di verificare (v. Par. 9), una trattazione del tutto autonoma rispetto sia al tema dell'inadempimento che a quello dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento. Può sin d'ora accennarsi che l'impossibilità sopravvenuta, per la sua natura di fatto endogeno rispetto al rapporto, non può essere accostata alle altre ipotesi esaminate, le quali si presentano tutte il tratto della esternalità rispetto all'obbligazione sulla quale producono la vicenda.

⁵ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 75: "Perché si abbia un ritardo nella prestazione, cioè perché la infruttuosa scadenza del termine si possa considerare come un'ipotesi di ritardo e non come un'ipotesi di definitivo inadempimento, è altresì necessario che la prestazione – sebbene eseguita con ritardo – possa essere ancora utile per il creditore".

⁶ M. GIORGIANNI, Voce *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, XX, Varese, 1970, p. 861: "Tuttavia l'inadempimento può servire anche a designare semplicemente la situazione giuridica obiettiva, che si individua nel mancato soddisfacimento dell'interesse del creditore, a prescindere dal comportamento colposo del debitore".

ritardo che la norma esaminata equipara a quella di inadempimento, quale fattispecie idonea a produrre un determinato effetto. Parte della dottrina assume infatti che vi sia un'area di possibile rilevanza del solo ritardo, durante la quale il debitore possa ancora legittimamente adempiere ed il creditore sia tenuto a ricevere la prestazione⁷.

Tale affermazione non appare condivisibile.

Scaduto infruttuosamente il termine, il debitore non può più liberarsi eseguendo esclusivamente l'originaria prestazione, dovendo anche risarcire il danno. L'art. 1218 è chiaro nel legare alla scadenza del termine – *rectius* al ritardo – la conseguenza ivi prevista, la nascita dell'obbligazione risarcitoria. L'ordinamento assegna, a tutela dell'interesse creditorio leso, la sanzione del risarcimento del danno patito, la quale, pur dovendosi porre in un'ottica recuperatoria, avrà quale funzione la rimozione delle conseguenze negative, patrimoniali e non patrimoniali, ascrivibili all'inadempimento. La medesima dottrina che si esamina, infatti, pur affermando che il creditore sarà tenuto ad accettare la prestazione ritardata, senza poterla legittimamente rifiutare, precisa che il debitore sarà in ogni caso tenuto a risarcire il danno derivante dal ritardo.

Se, però, il debitore, con l'adempire l'originaria prestazione, non può pervenire alla estinzione del vincolo, in quanto ancora tenuto al risarcimento del danno, ciò implica che tale adempimento risulta essere solo parziale, e che l'interesse del creditore non è ancora stato integralmente soddisfatto. Una attività esecutiva del precedente rapporto obbligatorio, alla quale non sia possibile legare la liberazione del debitore dal vincolo non è adempimento, e può spiegarsi solo alla luce della mancata soddisfazione dell'interesse del creditore. La infruttuosa scadenza del termine ha dunque avuto una conseguenza: l'originario

⁷ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 77.

rapporto obbligatorio è mutato, tant'è che il debitore può estinguere il vincolo solo eseguendo l'originaria prestazione, ove questa sia ancora possibile ed utile, e versando una somma di denaro, mediante la quale compensare il creditore del danno patito, ovvero versando una somma di denaro rappresentativa della mancata prestazione e del danno patito. L'oggetto del rapporto obbligatorio non è più il medesimo, il titolo che giustifica lo spostamento patrimoniale appare diverso, l'interesse la cui soddisfazione consente l'estinzione dell'obbligazione non è più quello originariamente dedotto.

Occorre poi chiedersi se, in relazione alla problematica prospettata, la costituzione in mora del debitore sia elemento costitutivo della fattispecie, qualificando il ritardo come inadempimento. Ed occorre a tal fine distinguere tra mora e costituzione in mora. Al di là della condivisibile constatazione, che vuole come del tutto residuali le ipotesi in cui, per avervi costituzione in mora, sia necessario integrare la fattispecie con una dichiarazione del creditore⁸, i dati normativi confermano la necessità della mora tra gli elementi della fattispecie. Ciò che si intende sostenere è che la infruttuosa scadenza del termine, ovvero la mora, è situazione ben diversa dall'accertamento di tale evento, ovvero dalla costituzione in mora, e che la sua sussistenza

⁸ In tal senso si è espresso M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 167, il quale parla di decadenza della costituzione in mora. Pare infatti maggiormente aderente al dato normativo che sia la necessità di una dichiarazione scritta del creditore, più che la mora stessa, ad essere residuale in materia di inadempimento. La circostanza che si possa verificare la prevalenza di ipotesi di mora *ex re* piuttosto che di mora *ex persona*, non consente di sminuire il valore dell'istituto quale requisito della fattispecie inadempimento. Né di affermare che vi siano aree di incertezza nella quali il debitore possa pretendere di estinguere l'obbligazione mediante un adempimento ritardato, senza verificare la lesività di tale forma di attività esecutiva.

è necessaria affinché si possa dire presente un danno. L'art. 1219, allorché afferma che, nelle ipotesi ivi previste la costituzione in mora non è necessaria, non statuisce che la mora non sia necessaria, al fine del prodursi dell'obbligazione risarcitoria. Si limita a precisare che, in determinate ipotesi, la formale dichiarazione del debitore non si rende necessaria in quanto la infruttuosa scadenza del termine è *in re ipsa*⁹. L'adempimento eseguito una volta che il termine è già scaduto è inadempimento¹⁰ e la mora del debitore è una locuzione che, semplicemente, sta ad indicare che il termine è scaduto.

L'art. 1222, dettato in materia di obbligazioni negative, esplicitamente esclude la applicabilità in tale ambito delle disposizioni sulla mora, statuendo che ogni violazione dell'obbligo costituisce "di per sé inadempimento". Da tale statuizione si può dedurre che, in tutte le altre obbligazioni, e dunque nella normalità dei casi, la mora sia elemento costitutivo della fattispecie inadempimento. Non si può assegnare alcun diverso significato alla disposizione esaminata, posto che, se la mora non fosse elemento costitutivo dell'inadempimento, non avrebbe alcun senso precisarne l'irrilevanza al fine di ricostruire la fattispecie in una ipotesi particolare.

Anche l'art. 1224, il quale, in ipotesi di danni nelle obbligazioni pecuniarie, lega l'obbligazione di versare gli interessi

⁹ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 166: "In altri termini, la legge distribuisce tra debitore e creditore l'onere di predisporre l'accertamento della infruttuosa scadenza del termine. Al creditore impone l'onere della costituzione in mora nel caso in cui il credito avrebbe dovuto essere soddisfatto al domicilio del debitore, mentre nel caso opposto impone al debitore l'onere della offerta, sia pure non formale, atta a dimostrare la sua prontezza ad adempiere".

¹⁰ Anche P. RESCIGNO, Voce *Obbligazioni (nozioni)*, cit., p. 205, individua un collegamento tra le norme sulla mora del debitore e la nozione di inadempimento.

al giorno della costituzione in mora depone in tal senso. Posto, infatti, che le obbligazioni pecuniarie, salvo diversa previsione delle parti, si adempiono, ex art. 1182 c. 3, al domicilio del creditore, e che dunque in tale ipotesi non è imposta, ex art. 1219 c. 2 n. 3, alcuna formale costituzione in mora, la norma sarebbe contraddittoria, ove la si interpretasse come se imponesse al creditore l'emissione di una formale dichiarazione. La disposizione esaminata richiede solo la infruttuosa scadenza del termine, ovvero la mora del debitore, e lega a tale evento la nascita dell'obbligazione risarcitoria¹¹.

La funzione della costituzione in mora è quella di accertare, senza possibilità di equivoci, la infruttuosa scadenza del termine fissato per l'adempimento¹². La circostanza, poi, che tale effetto, nella maggior parte dei casi, si produca a prescindere da una dichiarazione di parte, appare corretta esplicazione del principio di economia delle dichiarazioni. Il fatto deve adeguare la sua struttura in riferimento al concreto regolamento di interessi sul quale incide sicché la partecipazione del soggetto alla produzione di un particolare effetto è richiesta solo quando è necessaria,

¹¹ In tal senso M. GIORGIANNI, Voce *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, XX, Varese, 1970, p. 870, secondo il quale il principio accolto nel nostro ordinamento non consente una interpretazione diversa: “Si tratta dell’art. 1182 c.c., nel quale è dettato il principio, altamente significativo per l’esatta valutazione del nostro problema, che “i crediti liquidi ed esigibili di somme di danaro producono interessi di pieno diritto salvo che la legge o il titolo stabiliscano diversamente”. La norma, quindi, presuppone la “esigibilità del credito”, ovvero sia la semplice infruttuosa scadenza del termine per l’adempimento, cosicché ci sembra legittimo vedervi consacrata una sanzione per il ritardo “di pieno diritto” ovvero sia senza necessità di alcuna attività da parte del creditore”.

¹² Si veda M. GIORGIANNI, *L’inadempimento*, cit., p. 165.

giuridicamente utile¹³. La manifestazione di volontà del soggetto è richiesta solo se necessaria affinché la fattispecie produca i suoi effetti. L'art. 1219 indica le ipotesi nella quali questa manifestazione di volontà è necessaria, riconducendole a tutte quelle situazioni nelle quali, dovendo il creditore collaborare consentendo l'esecuzione della prestazione, la infruttuosa scadenza del termine non può essere autonomamente accertata¹⁴.

Alcun collegamento funzionale può essere inoltre tracciato con quanto previsto in materia di risoluzione per inadempimento¹⁵. La facoltà prevista dall'art. 1453 assegna al creditore il diritto di estinguere autonomamente il rapporto, si fonda sul particolare vincolo che lega le prestazioni, e consente al medesimo di scegliere se insistere per l'adempimento, tenendo nello stesso tempo fede all'obbligo assunto a titolo di

¹³ P. PERLINGIERI, *Il fenomeno della estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 22 e *passim*, secondo il quale è presente, nel nostro ordinamento un principio generale di economia degli atti ed in particolare delle dichiarazioni, valido sia per quanto riguarda gli atti negoziali che per tutti gli altri atti, sia di natura sostanziale che processuale, in virtù del quale l'ordinamento prevede la partecipazione del soggetto alla fattispecie solo quando ciò sia necessario alla produzione di un determinato effetto.

¹⁴ Cfr. M. GIORGIANNI, Voce *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, cit., p. 871: "Nell'ipotesi in cui il pagamento deve essere eseguito al domicilio del debitore (ipotesi tipica di debito cosiddetta *quéérable*), se il creditore alla scadenza non si presenta a quel domicilio, è ovvio che la semplice scadenza del termine non è sufficiente a far considerare moroso il debitore, poiché era il creditore a doversi presentare al suo domicilio. In questo caso, quindi, la costituzione in mora ha la funzione di accertare la infruttuosa scadenza attraverso la prova che il creditore ha richiesto l'adempimento".

¹⁵ L'opinione riportata è stata espressa da M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 78.

controprestazione, ovvero rimuovere gli effetti del precedente rapporto.

Nell'ipotesi esaminata il creditore ha la possibilità di scegliere se mantenere o meno in vita il precedente rapporto, modulando il contenuto dell'obbligazione risarcitoria. Ciò che la norma assegna alla parte non inadempiente è un diritto, straordinario, di estinguere unilateralmente la propria obbligazione. Da ciò non è però possibile desumere alcun principio generale, in virtù del quale assumere che il debitore possa legittimamente liberarsi adempiendo l'originaria prestazione, sino a quando non vi sia una dichiarazione di segno contrario emessa dal creditore.

Il debitore che non adempie alla scadenza del termine non può più pretendere di estinguere l'obbligazione eseguendo la sola prestazione originaria. La nozione di inadempimento ha tra i suoi elementi costitutivi la mora del debitore, intesa quale infruttuosa scadenza del termine. Quando tale scadenza è incerta la costituzione in mora richiede la intimazione o richiesta di adempimento fatta per iscritto.

3. Diversa problematica è quella che attiene alla rilevanza, o meno, del profilo soggettivo – la c.d. imputabilità – tra gli elementi costitutivi della fattispecie. E, di conseguenza, ove tale profilo soggettivo debba ritenersi rilevante, se la nozione di imputabilità sia legata esclusivamente alla impossibilità oggettiva della prestazione, come l'art. 1218 lascerebbe intendere, ovvero se risulti influenzata, ed in qual modo, dalla norma che, all'art. 1176, indica nella diligenza il criterio cui il debitore deve conformare il proprio comportamento, la propria cooperazione al soddisfacimento dell'interesse creditorio¹⁶.

¹⁶ Tra i primi ad avvertire l'esistenza di una possibile antinomia L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1 edizione, Milano, 1946, p. 304 il quale si esprimeva assumendo che fosse necessario decidere se

In un sistema quale l'ordinamento codicistico precostituzionale, che vedeva nel rapporto obbligatorio un vincolo di subordinazione in virtù del quale il debitore era tenuto a procurare al creditore il bene dedotto in obbligazione, ben poteva ritenersi che la oggettiva mancata esecuzione della prestazione integrasse la fattispecie di inadempimento. In tale ambito alla nozione di imputabilità era assegnato il solo compito di consentire al debitore la prova liberatoria che l'inadempimento fosse ascrivibile ad una impossibilità sopravvenuta di carattere oggettivo, non derivante da sua colpa. Scaduto il termine dell'obbligazione, l'alternativa era tra estinzione dell'obbligazione per adempimento, e suoi succedanei, ovvero per oggettiva impossibilità sopravvenuta della prestazione. Ogni ulteriore ipotesi non poteva essere altro che inadempimento¹⁷.

puntare sul “dovere della diligenza normale”, e dunque sulla diligenza del buon padre di famiglia, ovvero sul limite della impossibilità non imputabile, “e allora bisogna francamente ammettere, a voler essere logici, che il debitore deve dare tutto lo sforzo che è necessario per attuare la prestazione po”Per approfondire la tematica sotto il profilo della genesi storica della normativa esaminata si consiglia la lettura di C. A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici (le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 993 e ss.; I. BIROCCHI – U. PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1060 e ss.

¹⁷ La posizione, autorevolmente sostenuta, era coerente alla dottrina del fondamento oggettivo della responsabilità contrattuale, elaborata dall'Osti, il quale ne ha più volte ribadito la validità, al fine di contestare quelli che assumeva essere tentativi solo dottrinari di dar rilevanza all'elemento soggettivo nella ricostruzione della fattispecie. Si vedano G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 209 e ss.; ID., *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 287 e ss.; ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 593 e ss. In estrema sintesi, l'impostazione esaminata

La promulgazione della Carta costituzionale, come accennato, impone una diversa lettura del rapporto, in relazione alla quale la richiamata nozione di inadempimento non può essere condivisa¹⁸. Già in precedenza taluni autori avevano evidenziato come, oggetto del rapporto obbligatorio, sia non il bene dovuto ma il comportamento mediante il quale il debitore soddisfa l'interesse creditorio. Tale accezione del rapporto viene

ricostruiva la oggettività della nozione di impossibilità nel senso che, sino a quando la prestazione è astrattamente possibile, il debitore è responsabile del solo fatto dell'inadempimento. L'A. riteneva, infatti, che fosse impossibile discorrere di imputabilità dell'inadempimento, dovendosi riferire la imputabilità alla impossibilità della prestazione. Solo nel caso di impossibilità della prestazione la persistenza del vincolo, nella forma della responsabilità per danni, trovava, secondo l'A., una spiegazione logica nell'elemento della colpa. Di tale dottrina deve comunque essere ribadito che la nozione di imputabilità debba essere valutata ad una stregua oggettiva. Ciò che si intende sostenere nel prosieguo dell'analisi è che, alla luce della nozione di rapporto obbligatorio, vi è una via interpretativa che, senza misconoscere la necessaria rilevanza di un profilo soggettivo nella ricostruzione della nozione di inadempimento, è in grado di leggere tale elemento soggettivo in una chiave oggettiva, che consenta la tenuta del sistema predisposto dal Legislatore del '42. L'art. 1218 appare costruito sulle due nozioni di impossibilità e causa non imputabile, ma tali nozioni possono, anzi, devono essere lette in correlazione con la norma che indica nella diligenza il canone valutativo dell'adempimento.

¹⁸ P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, cit., p. 1027 e s., avverte della necessità di adeguare il dato normativo alla realtà socio-normativa nella quale questo si inserisce, di modo che, del medesimo istituto, possa darsi una diversa lettura in relazione ai valori tutelati ed agli obiettivi perseguiti da quel particolare ordinamento. In particolare, la promulgazione della Carta costituzionale impone la necessità di leggere il rapporto giuridico in funzione della solidarietà economica e sociale.

ulteriormente qualificata, in un'ottica costituzionale, imponendo che tale comportamento debba sostanziarsi in una prestazione di cooperazione la quale, nel rispetto del principio di solidarietà costituzionale, consenta la soddisfazione dell'interesse creditorio nel rispetto del valore delle persone umane coinvolte nella fase di attuazione¹⁹.

Tale diversa nozione di rapporto obbligatorio non può tollerare una visione dell'inadempimento che prescindendo da una valutazione del comportamento tenuto dal debitore nella fase

¹⁹ Già E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. 1, cit., p. 58, aveva individuato l'essenza del rapporto obbligatorio nell'obbligo di cooperazione da parte del debitore in virtù della soddisfazione dell'interesse del creditore. L'interesse creditorio, in particolare, veniva inteso "nel senso che la prestazione deve essere oggettivamente idonea a soddisfare un interesse tipico del creditore, in quel particolare tipo di rapporto obbligatorio; interesse, quindi, che non si identifica in quello *concreto ed individuale* del singolo creditore, ma nel particolare interesse che è proprio del tipo di rapporto costituito" Tale impostazione però, risulta superata da quella dottrina che ha posto in evidenza come la cooperazione non individui il modo di atteggiarsi della prestazione del debitore, posto che in tal senso non sarebbe superata l'originaria relazione di subordinazione, ma debba essere intesa come modo di essere dello stesso rapporto. Il vincolo che lega le due situazioni giuridiche è di cooperazione e non di subordinazione, ed il creditore che non compie l'attività strumentale necessaria affinché il debitore esegua la prestazione è inadempiente. L'interesse in funzione del quale il rapporto deve essere valutato, poi, non può essere quello tipico, dovendosi dare prevalenza al rapporto concreto, al regolamento di interessi predisposto dalle parti. Si veda sul punto P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive in tema di diritto delle obbligazioni*, cit., p. 1029; ID., *Il fenomeno della estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 49. Concorda sulla necessità di rivedere la costruzione oggettiva dell'inadempimento anche P. RESCIGNO, *Voce Obbligazioni (nozioni)*, cit., Vol. 1, p. 205.

attuativa del rapporto²⁰. Se in precedenza era possibile affermare la diversa rilevanza delle due regole, sostenendo che l'una – l'art. 1176 – fosse disciplina dell'adempimento e l'altra – l'art. 1218 – fosse regola dell'inadempimento, la nuova dimensione assunta dal rapporto impone una lettura unitaria del fenomeno²¹.

Tale impostazione ha tentato di risolvere in una lettura unitaria la possibile antinomia tra le norme. In tale prospettiva si è affermato che la regola della diligenza imponga al debitore una condotta che deve svolgersi in una duplice direzione, dovendo questi, da un lato, tenere un comportamento idoneo a soddisfare

²⁰ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. 1, cit., p. 111, “Bisogna che questo fatto oggettivo che lede un interesse del creditore ed è contrario a diritto nel senso che si configura come un danno ingiusto recato al creditore, sia inoltre imputabile al debitore, nel senso che debba anche esser messo a suo carico a norma dell'art. 1218... Infatti non si può parlare di un torto, di una “inuria” che il creditore subisce, se alla base di questo torto, di questa “iniuria”, oltre al mancato soddisfacimento dell'aspettativa creditoria, non ci sia anche un comportamento imputabile al debitore”.

²¹ La assoluta prevalenza della regola dettata dall'art. 1176 deve spingere l'interprete a coordinare la previsione di cui all'art. 1218 con il fondamentale precetto che indica nella diligenza il canone mediante il quale misurare l'attività esecutiva posta in essere dal debitore. Sul punto U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu-Messineo, XVI, t. 2, Milano, 1984, p. 52: “Si può, dunque, dire che il problema relativo al campo di applicazione dell'art. 1176 si precisa in due sensi, posto che, da una parte, si tratta di stabilire se il criterio della diligenza incida veramente sull'adempimento dell'obbligazione in genere, cioè di ogni obbligazione qualunque sia il suo contenuto o la natura della prestazione prevista; e, dall'altra, se il medesimo criterio, proprio in quanto momento determinante e misura limite dell'adempimento, abbia, e quale, influenza ai fini della determinazione ovvero dell'esclusione della responsabilità per inadempimento”.

l'interesse del creditore e dall'altro, mantenere la possibilità della prestazione²².

Pur avendo titolo nella violazione di una regola di condotta, la responsabilità per inadempimento si fonderebbe su di una diversa rilevanza della diligenza e della colpa, da verificare a seconda dell'oggetto del rapporto inadempito²³. E così, ove il debitore abbia garantito un risultato, la seconda delle direttrici evidenziate sarebbe di per sé sufficiente ad integrare la fattispecie; ove, invece, il debitore si sia impegnato a prestare una particolare attività, il mantenimento della possibilità della prestazione non sarebbe altro che un elemento marginale della fattispecie, dovendosi ritenere prevalente la valutazione dell'idoneità del comportamento tenuto dal debitore²⁴.

²² M. GIORGIANNI, Voce *Inadempimento (dir. priv.)*, cit., p. 883: "In definitiva, quindi, tutto il sistema della responsabilità del debitore risulta fondato, salve specifiche eccezioni, sulla violazione di una regola di condotta che impone al debitore un certo sforzo o "diligenza" nel senso sopra visto. Tale regola di condotta ha una duplice direzione, in quanto impone al debitore, da un canto di mettere in essere l'attività idonea a soddisfare l'interesse del creditore, dall'altro di mantenere la "possibilità" della prestazione".

²³ Riprendendo una distinzione della civilistica francese che per lungo tempo ha influenzato l'elaborazione dottrina italiana in materia. Cfr. G. TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova riv. dir. comm.*, I, 1947-1948, pp. 126-145.

²⁴ M. GIORGIANNI, Voce *Inadempimento (dir. priv.)*, cit., p. 881 e *passim*. Per questo autore occorre distinguere tra quelle obbligazioni nelle quali il debitore si sia impegnato a produrre un concreto risultato da quelle nelle quali abbia promesso una determinata prestazione in vista della produzione di un risultato. Nella prima ipotesi, nella quale si può eccezionalmente giungere sino all'ipotesi in cui il debitore abbia garantito il raggiungimento del risultato, questi risponderebbe finché la prestazione è possibile, in quanto, secondo l'A., oggetto dell'obbligazione sarebbe una garanzia, ovvero una promessa di

Tale impostazione, alla quale va dato il merito di aver inteso che l'antinomia tra i due principi non è irriducibile, non può essere condivisa nella parte in cui, artificiosamente, afferma che in taluni rapporti la valutazione circa la diligenza del comportamento tenuto dal debitore rilevi solo per il tramite della valutazione della colpa circa la possibilità della prestazione²⁵. Se si assume che l'adempimento, per essere tale, deve essere diligente, tale canone può condurre ad una valutazione negativa della prestazione anche nelle ipotesi in cui, pur avendo mantenuto la possibilità della prestazione, e pur avendo tecnicamente consegnato il bene dedotto, il debitore, per le modalità con le quali l'attività esecutiva è stata prestata, non ha soddisfatto, ovvero ha soddisfatto solo parzialmente, l'interesse del creditore.

risarcimento. Nella diversa ipotesi in cui il debitore si sia limitato a promettere l'esecuzione di una prestazione, in vista del perseguimento di uno scopo, occorrerà invece verificare se il comportamento tenuto dal debitore sia stato idoneo o meno a soddisfare l'interesse del creditore. In tal senso anche L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 2 ed., Vol. 3, Milano, 1964, p. 281 e ss., il quale, ritenuta inconciliabile l'esistenza delle due norme nel medesimo *corpus* normativo, ed affermata la prevalenza della diligenza nella valutazione dell'inadempimento, ammette che, quando al debitore sia richiesta uno specifico risultato utile, e quando ciò sia l'unico oggetto dell'aspettativa creditoria, allora il debitore si assume tutti i rischi e risponde sino al limite della impossibilità oggettiva.

²⁵ P. RESCIGNO, Voce *Obbligazioni*, cit., p. 191: "La distinzione è apparsa generalmente censurabile, poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo; e le due norme, quella sulla "diligenza nell'adempimento" (art. 1176) e quella sulla "responsabilità del debitore per l'inadempimento" (art. 1218) sono dettate per tutte le obbligazioni e non autorizzano a individuare materie distinte cui applicare l'una o l'altra".

Si è altresì evidenziato come la pretesa antinomia vada risolta nel senso che l'art. 1176 sia norma che disciplina le sole obbligazioni di contegno, e che non abbia la funzione di stabilire quali siano i presupposti della responsabilità contrattuale²⁶. Nelle obbligazioni cosiddette di risultato, la diligenza non potrebbe che riferirsi alla sola attività strumentale, preparatoria, sicché in nessun caso il debitore potrebbe esimersi dal rispondere dell'inadempimento assumendo di aver prestato l'attività strumentale che a lui si richiedeva²⁷. Ma anche nelle obbligazioni cosiddette di mezzi, la eventuale diligenza nell'eseguire la prestazione, pur essendo condizione necessaria per escludere la responsabilità, non sarebbe comunque sufficiente, dovendosi verificare che la mancata prestazione non sia comunque imputabile al debitore²⁸.

Da ciò la conseguenza secondo cui la nozione di imputabilità, la quale deve essere letta in chiave oggettiva, non possa che discendere dall'inadempimento, fatto di per sé sufficiente

²⁶ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953-1955, Vol. 1, p. 130, ritiene che il criterio della diligenza “non è punto inteso a stabilire quelli che sono i presupposti della responsabilità contrattuale, nel senso che il torto contrattuale consista unicamente nell'inosservanza di quella diligenza”.

²⁷ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., Vol. 1, p. 130, secondo il quale “sarebbe ridicolo l'assunto del debitore il quale credesse di sfuggire alla responsabilità che gli incombe (in quanto l'inadempimento non possa dimostrarsi dipendente da causa a lui non imputabile), dicendo di aver fatto quanto stava in lui nello svolgere diligentemente quella attività strumentale che a lui si richiedeva”.

²⁸ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., Vol. 1, p. 128. *Contra* P. RESCIGNO, Voce *Obbligazioni*, cit., p. 191, il quale, pur ravvisando solo una utilità pratica nella distinzione in esame, ritiene che nelle sole obbligazioni di mezzi il contegno negligente dell'obbligato sarebbe “già di per sé solo inadempimento”.

ad integrare la fattispecie, salva l'ipotesi di una impossibilità di carattere oggettivo che non dipenda da causa imputabile a debitore.²⁹

L'impostazione esaminata non risulta coerente con le premesse poste, che pure pare condividere³⁰. Se è vero che la nozione di imputabilità deve avere rilevanza, al fine di poter ascrivere a quel determinato debitore la responsabilità per il danno derivante dall'inadempimento, non risulta condivisibile risolvere tale profilo soggettivo "nel fatto oggettivo dell'inadempimento"³¹. Se, da un lato, non può contraddirsi l'affermazione che il debitore non possa portare a propria discolpa argomentazioni di carattere soggettivo, ciò non esclude che della nozione di diligenza possa darsi una lettura oggettiva, che si coordini con quella di impossibilità della prestazione. In tale prospettiva è forse possibile fornire una lettura unitaria del fenomeno obbligatorio, idonea a far emergere, in chiave oggettiva, l'esistenza di un legame tra le due regole esaminate. Dell'impostazione rievocata deve essere condivisa la premessa, che vuole che la imputabilità dell'inadempimento debba essere interpretata in chiave oggettiva; così come deve condividersi la conclusione che tra le due norme vi sia solo una apparente antinomia.

La problematica può essere ricostruita in questi termini.

Mai il debitore potrà esonerarsi dall'obbligo di risarcire il danno, semplicemente assumendo di aver fatto tutto ciò che gli era possibile per adempiere. In ogni caso la diligenza funziona

²⁹ Così E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., Vol. 1, p. 131: "dopo aver dimostrato l'insufficienza del criterio della diligenza, resta dunque ferma la conclusione che la imputabilità dell'inadempimento (e quindi anche della corrispondente responsabilità) è strettamente collegata al fatto oggettivo dell'inadempimento"

³⁰ Si veda alla nota 13.

³¹ Così E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., Vol. 1, p. 131.

quale metro di valutazione dello sforzo di cooperazione che il creditore può legittimamente chiedere al debitore. Il debitore non sarà tenuto ad adempiere qualora la prestazione sia divenuta successivamente impossibile.

La nozione di sforzo astrattamente dovuto dal debitore e quella di impossibilità sopravvenuta della prestazione sono meno incompatibili di quanto a prima vista possa sembrare. Può anzi ritenersi che la prima valga ad integrare e definire la seconda, nel senso che la prestazione possa dirsi impossibile solo quando, in relazione al concreto rapporto, e dunque al regolamento di interessi predisposto dalle parti, il comportamento che il debitore deve tenere si qualifica straordinario ed eccezionale rispetto alla normale esecuzione di quella particolare obbligazione³². La

³² In tal senso E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., Vol. 1, p. 112: “Non si deve infatti credere che i vari tipi di rapporti di obbligazione governino uniformemente la condotta dovuta dal debitore: tali rapporti richiedono una intensità di sforzo, di impegno, che varia a seconda del tipo cui appartengono”. La riflessione può essere condivisa a patto di accettare una precisazione. Più che al tipo, elemento generalizzante e classificatorio di non sicura utilità, interessa, al fine di comprendere la tematica affrontata, riferirsi al concreto rapporto voluto dalle parti, al regolamento d’interessi predisposto e poi rimasto attuato. Ciò consente di ancorare la fisiologica estinzione o meno del rapporto alla piena attuazione dell’interesse creditorio, inteso non quale interesse tipico ma quale elemento del concreto rapporto predisposto dalle parti. La nozione di sforzo astrattamente dovuto si precisa e diviene elemento idoneo a definire concretamente il comportamento dovuto dal debitore, unica possibile modalità di estinzione dell’obbligazione. Solo una attività che corrisponda a tale sforzo potrà dirsi soddisfattiva; e solo qualora il debitore conformi la propria attività a tale legittima aspettativa potrà, in ipotesi di mancata soddisfazione dell’interesse, eccepire a proprio scarico una oggettiva impossibilità sopravvenuta della prestazione. Sul punto P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*,

prestazione è impossibile quando si verifica un evento di carattere oggettivo che la rende tale, ovvero quando lo sforzo di diligenza che il debitore deve mettere in campo al fine di soddisfare l'interesse diviene tale da esulare dal normale contenuto di quel particolare rapporto obbligatorio³³.

cit., p. 452, precisa che “il problema dell'impossibilità liberatoria, ossia del criterio di esclusione della responsabilità, si può prospettare utilmente soltanto in riferimento ad un singolo, concreto rapporto obbligatorio”. Più in generale, sulla importanza di una valutazione degli interessi regolati dal rapporto, inteso quale disciplina e moneto di composizione di un conflitto di interessi si veda P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 33 e *passim*.

³³ Lo stesso E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., Vol. 1, p. 111, pur pervenendo ad una ricostruzione della problematica diversa da quella prospettata, trattando del tema in un'ottica generale, rileva che: “Per il momento potremmo caratterizzare tale elemento soggettivo” la imputabilità dell'inadempimento “dicendo che esso consiste nell'essere mancato da parte dell'obbligato tutto lo sforzo, l'impegno di cooperazione, che gli era richiesto nell'interesse del creditore, secondo il tipo di rapporto obbligatorio in questione, per attuare la prestazione dovuta, sempre che questa prestazione fosse oggettivamente possibile. La mancanza di questo impegno di cooperazione, di questo sforzo, che per l'art. 1218 si deve desumere dalla mancata prova che la prestazione sia stata resa impossibile al debitore (cioè impedita ad esso debitore) da causa a lui non imputabile, cioè estranea alla sua sfera di controllo, caratterizza l'elemento soggettivo del torto contrattuale, la sua imputabilità”. Anche questo A. ritiene l'art. 1218 una disposizione di carattere probatorio, che risolve nella mera indicazione dell'unica esimente posta a discarico dell'obbligato e che si limita a ripartire l'onere di allegazione tra creditore e debitore. In realtà le due norme dettano un principio di carattere sostanziale mediante il quale valutare la idoneità dell'attività esecutiva posta in essere dal debitore a soddisfare l'interesse del creditore. L'esito di tale valutazione può condurre, alternativamente, all'estinzione dell'obbligazione per

La prova liberatoria richiesta dall'art. 1218, allora, avrà ad oggetto, a seconda dello specifico rapporto rimasto inadempito, tutte le circostanze che possono aver reso quella prestazione impossibile, ovvero, in altri termini, tutte le circostanze che non hanno consentito al debitore di adempiere nonostante abbia dispiegato quel comportamento che, in relazione alla particolare natura del rapporto, il creditore poteva attendersi. La nozione di impossibilità, dunque, deve essere modulata in relazione al concreto vincolo rimasto inadempito, consentendo al debitore di evidenziare, a sua discolpa, tutte quelle circostanze che, in senso oggettivo, hanno reso il comportamento dovuto impossibile. Tale giudizio deve essere reso in chiave oggettiva, avendo come riferimento non quel particolare debitore, ma qualunque soggetto avente quelle caratteristiche che si fosse trovato a dover eseguire quella particolare prestazione, e relativizzato e specificato in funzione del singolo rapporto rimasto inadempito³⁴. Solo

adempimento ovvero alla nascita di un nuovo rapporto obbligatorio di carattere risarcitorio. La mancata prova della impossibilità non imputabile non integra la prova del mancato impegno: è una manifestazione del mancato impegno.

³⁴ P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 454: "E' questa la via da seguire per umanizzare e socializzare l'attuazione della disciplina dell'impossibilità della prestazione attribuendole contenuti che si ispirano anziché alla fredda logica della produttività, alla logica del rispetto della dignità e della personalità dei soggetti tenendo conto del ruolo, talvolta contingente e liberamente scelto, talaltra necessario e dovuto, che essi si assumono nell'organizzazione della produzione. In questa prospettiva, in confluiscano i valori dell'eguaglianza relativa e del rispetto della persona umana, "causa non imputabile" può anche ravvisarsi, secondo le circostanze ed i soggetti, nella situazione in cui, secondo una astratta e razionale valutazione, la prestazione è possibile, ma il relativo adempimento impedirebbe, anche soltanto di fatto, l'attuazione di un dovere o l'esercizio di un diritto, espressioni genuine e concrete della

affermando, a seguito di una analisi condotta secondo queste linee guida, che alcun debitore, tenendo un comportamento diligente, avrebbe potuto soddisfare l'interesse del creditore dedotto in quel particolare rapporto, il debitore potrà esimersi dall'obbligo di risarcire il danno ex art. 1218³⁵.

personalità, considerate prevalenti a livello costituzionale rispetto all'obbligo dell'adempimento dell'obbligazione". Circa l'incidenza dei principi costituzionali sulla valutazione di questo particolare aspetto dell'obbligazione si veda anche G. BISCONTINI, *Recensione a Smuraglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 868 e ss.

³⁵ Si concorda con la lucida ricostruzione della impossibilità sopravvenuta offerta da U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 72, il quale rileva come in realtà si tratti "di una nozione, che, come è stato rilevato, va commisurata ad un metro di notevole relatività e non solo nel senso di "impossibilità relativa a quel particolare rapporto obbligatorio di cui la prestazione, della quale si discute, forma lo specifico oggetto", ma anche come impossibilità riferita alle modalità concrete in cui quel rapporto deve trovare attuazione". La nozione di impossibilità, letta nei termini evidenziati, e dunque alla luce del rapporto che la lega a quella di diligenza ex art. 1176, è tale da comprendere tutte quelle ipotesi in cui l'attività esecutiva che il debitore deve mettere in campo per soddisfare l'interesse creditorio, pur essendo astrattamente ipotizzabile, non può dirsi obbligata in quanto straordinaria rispetto alla concreto rapporto da attuare ed alla posizione sostanziale dei centri di interesse coinvolti. Sul punto si vedano L. MENGONI, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Temì*, 1946, p. 566 e ss.: R. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nella attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 43 e s. Pur non ritenendo che la diligenza ponga un criterio di valutazione di ordine generale, G. VISINTINI, Voce *Inadempimento*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, p. 7, equipara la impossibilità sopravvenuta alla inesigibilità della prestazione alla stregua di un giudizio di buona fede. Sostiene infatti l'A. che: "In altri termini la previsione da parte della legge di obblighi di correttezza (e quindi di protezione degli interessi del debitore) a carico del creditore può servire

La imputabilità, intesa nei termini evidenziati, è l'ulteriore elemento che completa la fattispecie inadempimento dal punto di vista strutturale³⁶. L'inadempimento, dunque, designa quella fattispecie nella quale il termine dell'obbligazione è scaduto e l'interesse del creditore non è stato integralmente soddisfatto in quanto è mancata la cooperazione dovuta dal debitore, il quale non ha prodotto lo sforzo oggettivamente necessario affinché l'obbligazione si estinguesse.

4. La fattispecie designa quel fatto, o complesso di fatti, cui l'ordinamento ricollega una determinata vicenda³⁷. La dinamica

ad eliminare o ridurre la responsabilità del debitore in funzione della positiva valutazione in termini di scorrettezza della pretesa del creditore all'adempimento. Ciò può portare ad escludere l'esigibilità di prestazioni, di cui è possibile l'esecuzione solo con mezzi eccezionali che non possono dirsi connaturati alla prestazione stessa". Pare, però, che a tale conclusione possa pervenirsi anche sulla scorta della nozione di diligenza, la quale, definendo contenutisticamente lo sforzo che il debitore è tenuto a sopportare al fine di adempiere l'obbligazione, si rivela idonea anche a definire quale debba essere la naturale e fisiologica attuazione di quel particolare rapporto obbligatorio. Eucleato tale indice, può pervenirsi alla successiva definizione di imputabilità o meno dell'inesecuzione, in relazione alla straordinarietà, o meno, rispetto a quanto individuato, degli elementi adottati dal debitore a propria discolta.

³⁶ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 78: "In altri termini: come non può parlarsi di vero e proprio adempimento quando la realizzazione dell'interesse del creditore avvenga indipendentemente dalla prestazione del debitore; così non può parlarsi di inadempimento, nel senso rigoroso del termine, quando la mancata realizzazione di quell'interesse non sia comunque imputabile allo stesso debitore. un allargamento dell'una o dell'altra nozione, mentre non è di alcuna utilità, non può che essere fonte di confusione".

³⁷ In tal senso P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 1 e *passim*; M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti*

del diritto ruota, per sua natura, fra due poli: la fattispecie e gli effetti giuridici che a tale fattispecie l'ordinamento assegna³⁸. La fattispecie deve essere considerata una condizione, verificatasi la quale la norma si attiva al fine di produrre l'effetto³⁹.

Occorre dunque esaminare come la fattispecie in esame interagisca con il rapporto obbligatorio; quale sia la vicenda legata all'inadempimento, quali gli effetti che a questo si ricollegano.

Gli elementi di una fattispecie si caratterizzano, sotto un profilo funzionale, in relazione alla loro attitudine a far sorgere, modificare ovvero estinguere un rapporto giuridico

giuridici, prefazione di Natalino Irti, Torino, 1999, pp. 20 e 86; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, in *Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino* a cura di P. Perlingieri, Camerino, 1978, p. 3 e *passim*; A. CATAUDELLA, Voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Varese, 1967, 926 e ss.

³⁸ In tal senso D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 3.

³⁹ Il pensiero riportato è di D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 33 il quale così motiva la propria condivisibile ipotesi ricostruttiva: "In questa direzione potrebbe così argomentarsi: l'effetto concreto si produce solo quando sia presente una fattispecie concreta; ma solo dalla norma promana la giuridicità, che non si aggiunge ad un effetto materiale, quasi a dare una particolare colorazione ad elementi di fatto preesistenti, ma crea dal nulla la nuova entità effetto giuridico. Ciò significa che la fattispecie concreta è la causa che mette in moto l'ordinamento giuridico; ma solo la norma, così eccitata, è causa dell'effetto concreto. Il nesso causale tra fattispecie concreta e l'effetto concreto è interrotto dalla norma; onde per la produzione dell'effetto la fattispecie realizza solo una condizione: cioè fa sì che sia messa in moto la norma". Si veda anche ID., *o.u.c.*, p. 4: "Dicendo che l'effetto reale è individuato nel tempo e nello spazio, non si pregiudica la natura dell'effetto giuridico: l'effetto giuridico è una entità che l'ordinamento giuridico crea, non rinviene nella realtà ad esso preesistente; quindi è una entità percepibile non sensibilmente, ma solo psichicamente".

fondamentale⁴⁰. Tale constatazione, elaborata in relazione alle fattispecie negoziali, è estensibile anche a quelle non negoziali⁴¹.

Il rapporto giuridico esprime l'idea di un vincolo⁴²; l'ordinamento consente la nascita di un vincolo in funzione del perseguimento di una funzione, di modo che occorre sempre verificare se tale funzione è stata assolta, se la finalità è stata perseguita⁴³.

Il rapporto fondamentale è l'effetto di una particolare fattispecie, prevista dall'ordinamento al fine di attuare un valore. L'attuazione di tale valore passa, a sua volta, per il tramite del prodursi di quella fattispecie che l'ordinamento ha individuato quale strumento per il perseguimento delle proprie finalità⁴⁴. La fattispecie incide sul rapporto, dando vita ad una vicenda, che può essere costitutiva, modificativa ovvero estintiva. La relazione tra

⁴⁰ In tal senso P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 1. Concordano a proposito della esaustività della tripartizione in discorso D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 50; M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 20.

⁴¹ P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 4; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 50.

⁴² S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, in *Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino* a cura di P. Perlingieri, Camerino, 1978, p. 8.

⁴³ P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 2, il quale correttamente evidenzia che "La disciplina giuridica non è dettata in base a criteri arbitrari, cioè non rispondenti ad un particolare, precipuo scopo o interesse da tutelare da parte dell'ordinamento, ma si ispira indubbiamente ad un interesse ben preciso". Anche S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., p. 9, rileva 'esigenza di guardare alla funzione ed al fine pratico proprio dell'obbligazione, al fine di verificare se all'estinzione dell'obbligazione abbia, o meno, fatto seguito il raggiungimento della sua tipica finalità pratica.

⁴⁴ Sul tema si vedano le appassionanti considerazioni di A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, pp. 20 e ss.

rapporto e fattispecie che su questo incide, però, non è unilaterale, nel senso che la struttura del fatto non può non rimanere influenzata dal particolare rapporto sul quale va ad incidere⁴⁵. Ciò implica la necessità di una lettura, che è stata definita procedimentale, del rapporto e delle vicende che lo interessano⁴⁶.

In tale ottica il rapporto obbligatorio rimasto inadempito costituisce il *prius* logico dell'inadempimento⁴⁷, un elemento della fattispecie⁴⁸, unitamente all'interesse di cui è portatrice la situazione giuridica creditoria alla prosecuzione del rapporto, nonostante, ed anzi in virtù, della mancata esecuzione della prestazione dovuta.

5. La comprensione del tema, però, presuppone la necessità di svincolarsi da un approccio metodico astratto e generalizzante. Il regolamento di interessi predisposto dalle parti aveva la

⁴⁵ P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 17: "Come si è accennato in precedenza, non si tratta di relazione unilaterale in cui la fattispecie va vista esclusivamente come causa dell'effetto, bensì di relazione bilaterale o reciproca, in cui va acquistando rilievo anche il concreto rapporto sul quale la fattispecie è destinata a produrre il suo effetto, e, in particolare, l'effetto estintivo". Si vedrà in seguito come il precedente obbligo rimasto violato incida sulla vicenda cui dà luogo l'inadempimento.

⁴⁶ P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, cit., p. 1031 e s.: "Si prospetta una visione procedimentale che, superando lo schema fatto – rapporto, là dove il fatto funge da causa ed il rapporto da effetto, incentra la propria attenzione nella triade rapporto – fatto – rapporto sì che specificatamente il rapporto obbligatorio o la situazione soggettiva iniziale fungono da *prius* del fatto condizionandone la struttura".

⁴⁷ P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 17

⁴⁸ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 45 e ss.

funzione di comporre il precedente stato di conflitto⁴⁹, dando vita ad una disciplina la cui inattuazione non lascia l'ordinamento insensibile.

L'obbligazione esprime l'idea di un vincolo sorto per svolgere una funzione. La disciplina dell'inadempimento viene dettata in funzione dell'interesse leso del creditore. Per l'ordinamento non è indifferente che la situazione creditoria pervenga ad un risultato utile, nonostante l'inadempimento. Tale disciplina ha la funzione di consentire la realizzazione dell'obiettivo posto.

L'obbligazione è l'effetto di determinate fattispecie – art. 1173 – e si sostanzia in un vincolo tra situazioni giuridiche soggettive, costituito al fine di produrre un determinato effetto mediante un preciso fatto giuridico⁵⁰.

⁴⁹ P. PERLINGIERI, *Il fenomeno della estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 33: “Nella definizione di rapporto, invece, esiste un profilo funzionale, che s’ispira ad una valutazione teleologica, cioè ad una valutazione degli interessi regolati dal rapporto stesso, inteso quest’ultimo non soltanto come relazione, bensì come norma, come regolamento, come disciplina. Si tratta, cioè, dell’insieme di situazione giuridiche soggettive che trovano la loro sintesi in chiave normativa: è il superamento, la composizione di un conflitto di interessi mediante un regolamento. Il fatto che, secondo diversi punti di vista, vi sia una relazione tra soggetti, tra norma e soggetto o tra situazioni soggettive, postula l’esistenza di un conflitto di interessi, giuridicamente rilevante, risolto dal diritto con un regolamento. Il rapporto è dunque regolamento: esso trova nel conflitto di interessi la sua ragion d’essere e nel regolamento la sua definizione”. Se la composizione di tale stato di conflitto esprime l’essenza del vincolo, la ragione in virtù della quale l’ordinamento gli assegna giuridicità, la lesione del regolamento i interessi, di quel particolare regolamento di interessi pratici e concreti, è ciò che induce l’ordinamento stesso ad imporre le conseguenze previste dall’art. 1218.

⁵⁰ L’effetto giuridico, infatti, mira sempre ad attuare un valore per il tramite di fatto giuridico che assume essere idoneo a soddisfare tale

L'effetto che si vuole produrre è la soddisfazione dell'interesse creditorio, per il tramite dell'adempimento della prestazione da parte del debitore. L'adempimento è dunque l'unico fatto giuridico che l'ordinamento prevede, al fine di pervenire alla fisiologica estinzione del rapporto, che si avrà solo quando il creditore avrà ricevuto l'utilità attesa dall'esecuzione. Se assumiamo che tale utilità non si possa mai confondere con la prestazione⁵¹, che è solo lo strumento che ne deve consentire il raggiungimento, la mancata tempestiva esecuzione di questa rende impossibile il perseguimento della funzione del rapporto obbligatorio fondamentale.

A tale conclusione potrebbe obiettarsi la necessità di verificare che l'inadempimento, in particolare dell'ipotesi dell'adempimento ritardato, abbia realmente prodotto un danno. Ma, a meno di voler considerare quella particolare obbligazione come un vincolo predisposto al fine di non attuare alcuna

valore. Sul punto A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 20, il quale mette in rilievo come "l'effetto giuridico, in quanto valore, e cioè "situazione esigenziale e prospettica", è in attesa ossia aspira, per essenza e natura sue proprie, ad una "situazione soddisfattiva o risolutiva", che ne attui, consumandolo, il contenuto suo proprio e cioè dia soddisfazione all'esigenza che per il tramite dell'effetto si è espressa". Ciò parrebbe implicare che, se l'adempimento si qualifica quale fatto giuridico previsto dall'ordinamento al fine di dare attuazione al valore espresso dal rapporto obbligatorio, la sua mancata esecuzione ponga all'ordinamento la necessità di predisporre una fattispecie che, per il tramite di un nuovo diverso fatto giuridico, permetta la tutela del valore che quel rapporto esprimeva.

⁵¹ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 55, dopo aver messo in rilievo il valore del comportamento del debitore come oggetto del diritto del creditore, funzionalmente teso al far percepire a quest'ultimo l'utilità attesa, precisa come tale utilità non si confonda mai con la prestazione, che consiste sempre nel comportamento che il debitore deve tenere perché essa sia procurata al creditore.

funzione, non pare possibile assumere che vi possa essere un inadempimento non dannoso. Che la mancata esecuzione della prestazione sia già di per sé un danno è nella stessa essenza della giuridicità del vincolo. A meno di non voler ritenere che l'ordinamento rivesta di giuridicità rapporti obbligatori che non siano tesi alla realizzazione di uno scopo. Se la ritardata esecuzione della prestazione può, in ipotesi del tutto residuali, non produrre danni di carattere patrimoniale, l'attitudine dell'inadempimento a risolversi, quantomeno, in un danno non patrimoniale non può essere contestata. E per l'ordinamento non può essere indifferente la circostanza che il creditore riceva la prestazione dovuta alla scadenza prevista, ovvero in un momento successivo: non a caso, infatti, l'art. 1218 lega la nascita dell'obbligazione risarcitoria all'inadempimento. La vicenda che interessa il rapporto non consiste in un mero oggettivo movimento di struttura⁵²: la fattispecie è prevista al fine di conseguire uno scopo.

Il valore che l'obbligazione mira ad attuare è la cooperazione quale modalità attuativa della solidarietà sociale. L'adempimento è il fatto giuridico previsto per attuare tale valore; l'inadempimento, al contrario, comporta la impossibilità definitiva di attuare quel valore. Qualora si sia sicuri che il fatto previsto non avrà luogo, sì che il valore rimarrà per sempre inattuato, tale circostanza non potrà non dar luogo ad una vicenda estintiva sul rapporto fondamentale⁵³.

⁵² Si respinge il metodo allariano, nella sua ferma orientazione anti-teleologica, secondo la definizione datane da N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Prefazione a M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 7. La fattispecie consta di struttura e funzione, è complesso di fatti giuridici unitariamente inteso, utilizzato dall'ordinamento al fine di produrre una vicenda tesa al perseguimento di uno scopo.

⁵³ Così A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 20.

L'art. 1218, nel prevedere la fattispecie, e nell'indicarne la conseguenza conferma questa prima, sommaria, conclusione. Tale norma, infatti, se da un lato riveste il ruolo di sanzione per l'inattuazione del rapporto, dall'altro disciplina tutte le conseguenze che da tale fattispecie discendono. L'inadempimento mostra tutta la sua attitudine a rivestire la natura di fattispecie.

La vicenda cui dà luogo tale fattispecie, però, non è sempre la medesima, dovendo contemperare i diversi, concreti, interessi che l'obbligazione mirava a disciplinare. Se l'interesse creditorio alla prosecuzione del rapporto riveste carattere preminente, non si può non rilevare come vi siano ipotesi nelle quali la necessità di tutelare interessi primari facenti capo alla situazione giuridica debitoria possa imporre la necessità di una definitiva lesione della situazione giuridica creditoria.

E così, talvolta all'inadempimento seguirà la estinzione dell'obbligazione e la liberazione del debitore; in altre ipotesi seguirà un vicenda modificativa; in altre ancora alla estinzione dell'originario rapporto farà seguito la costituzione di un nuovo rapporto avente funzione, oggetto e titolo diverso.

Estinzione dell'obbligazione e liberazione del debitore da responsabilità sono infatti momenti diversi, che possono o meno coesistere, ma che non devono essere confusi⁵⁴. L'esame delle diverse vicende cui l'inadempimento può dar luogo conferma la bontà di tale assunto.

6. La mancata esecuzione della prestazione è elemento di una fattispecie potenzialmente estintiva o modificativa del rapporto fondamentale, in tutte quelle ipotesi nelle quali essa dipenda da una impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore.

⁵⁴ Così P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 445.

Si respinge l'idea che la impossibilità sopravvenuta non sia fattispecie produttiva di effetti, sulla scorta dell'argomentazione che si tratterebbe di mero fatto giuridico che si confonde con il rapporto fondamentale⁵⁵. La dottrina esaminata, sulla scorta di una visione meccanicistica del rapporto, del tutto svincolata dalla necessaria attenzione al profilo funzionale, ritiene che la impossibilità sopravvenuta sia fatto giuridico, avente peraltro sempre effetto modificativo⁵⁶, solo qualora sia imputabile al debitore. Si ritiene l'impossibilità sopravvenuta non imputabile una causa interna, rilevando in ciò la differenza con l'adempimento. In alcune ricostruzioni si giunge peraltro ad affermare, non senza contraddire l'assunto esaminato, l'irrilevanza tra estinzione del rapporto per adempimento ed estinzione per impossibilità sopravvenuta non imputabile, sostenendo che l'effetto, per l'ordinamento, sarebbe il medesimo⁵⁷.

⁵⁵ In tal senso M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 101, secondo il quale “la impossibilità sopravvenuta della prestazione è fatto giuridico nei riguardi della modifica oggettiva del rapporto obbligatorio allorché tale impossibilità è imputabile al debitore”.

⁵⁶ Così M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 22; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., pp. 50-51, in nota n. 2 e 174-175 in nota n. 3; P. RESCIGNO, Voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, cit., p. 205. *Contra* R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1993, p. 510; in parte C. MIRAGLIA, Voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 3.

⁵⁷ M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 100: “Per ciò che riguarda il sistema l'adempimento si presenta sullo stesso piano della sopravvenuta impossibilità della prestazione con questa sola differenza, che dal punto di vista formale non ci interessa; che nel primo caso la estinzione del rapporto si accompagna con la soddisfazione dell'interesse del titolare del diritto soggettivo (estinzione

L'opinione esaminata confonde la impossibilità originaria con quella sopravvenuta. Se è vero che la impossibilità originaria si pone quale elemento endogeno, di per sé idoneo a porre nel nulla il vincolo, non può giungersi alla medesima conclusione qualora questa impossibilità sia il frutto di un evento accaduto successivamente⁵⁸.

L'impossibilità sopravvenuta non sorge dal nulla. È il frutto di una fattispecie cui l'ordinamento ricollega la produzione di un particolare effetto. Essa può essere anche il frutto, come si è visto, di una valutazione dell'impegno dovuto dal debitore al fine di estinguere il rapporto⁵⁹. Qualora l'adempimento richieda uno sforzo di diligenza tale da porsi in contrasto con altri principi, di rango costituzionale, tutelati dall'ordinamento, ben può giungersi ad una sopravvenuta impossibilità giuridica della prestazione⁶⁰. Ed in tale fattispecie non vi è nulla di endogeno, dovendosi in tal caso ritenere che la particolare vicenda sia il frutto di fatti giuridici

satisfattoria) e nel secondo caso detta soddisfazione manca (estinzione non satisfattoria)".

⁵⁸ L'opinione, con la quale si concorda, è di P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., pp. 442 e s., secondo il quale l'ipotesi ricostruttiva esaminata, pur suggestiva ed apparentemente lineare, non risulta fondata. "Eccessivo e non giustificato, anche sul piano del diritto positivo, è l'accostamento, anzi la completa simmetria tra il fenomeno dell'impossibilità originaria, concernente in particolar modo l'atto di autonomia più che il rapporto, e quello dell'impossibilità sopravvenuta concernente invece il rapporto in sé e per sé: lo dimostra – ed il rilievo sembra inconfutabile – il fatto che i due fenomeni, pur presentando affinità ed analogie, sono suscettibili di diversa disciplina e i loro effetti sono diversi".

⁵⁹ Come si è già avuto modo di evidenziare innanzi, par. 3, allorché si è esaminato il legame esistente tra art. 1176 ed art. 1218.

⁶⁰ Così P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 454.

esterni al rapporto obbligatorio, tali da provocare, normalmente, una vicenda di carattere estintivo⁶¹.

Vi è inoltre palese contraddizione nell'affermare che la impossibilità sopravvenuta sia fatto giuridico interno che si confonde con il rapporto quando, poi, la si parifica, seppur da un punto di vista solo formale, all'adempimento. Se l'adempimento è una causa esterna, che incide sul vincolo estinguendolo, in nessun caso questo potrà essere assimilato, sul piano del comune effetto estintivo, alla impossibilità sopravvenuta intesa quale causa interna di estinzione del rapporto⁶².

Mentre, ancora, l'adempimento ha sempre quale conseguenza la estinzione del rapporto, l'impossibilità sopravvenuta può dar luogo a vicende di carattere modificativo, ogniqualvolta sia parziale o solo temporanea⁶³.

⁶¹ Conforme G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità della prestazione. Problemi generali*, Milano, 1955, p. 8 nota 12.

⁶² Il comune effetto estintivo non consente in alcun modo tale assimilazione: l'effetto estintivo non può essere considerato unitariamente, prescindendo dalla soddisfazione, diretta o indiretta, dell'interesse creditorio che a tale effetto si accompagna. Un esame solo strutturale della fattispecie, che prescinda da una compiuta analisi del profilo funzionale può, tutt'al più, giungere ad una descrizione del fenomeno esaminato. Struttura e funzione, come detto, devono al contrario essere letti unitariamente, ove si voglia realmente comprendere la fattispecie esaminata e le sue relazioni con il rapporto sul quale incide. Sul punto P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 2: "Non è possibile esaminare una fattispecie esclusivamente in base ad uno studio analitico della sua struttura, in una visione che escluda ogni valutazione teleologica degli interessi, delle funzioni che giustificano la struttura".

⁶³ Si concorda con quanto espresso sul punto da P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 443, secondo il quale: "La stessa diversa efficacia – ora estintiva ora modificativa della disciplina, con la possibile liberazione dalla responsabilità – induce a

7. Si è avuto modo di rilevare come il debitore inadempiente, qualora l'inadempimento sia imputabile, non abbia più modo di estinguere l'obbligazione semplicemente eseguendo l'originaria prestazione, ma debba anche risarcire il danno. Per pervenire alla liberazione dal vincolo assunto il debitore dovrà eseguire una nuova prestazione, il cui contenuto muta in funzione del contenuto dell'originario rapporto obbligatorio. In ciò nulla di particolare: si è infatti avuto modo di precisare come, in una visione procedimentale delle relazioni intersoggettive, il rapporto rimasto ineseguito oltre ad essere influenzato dalla fattispecie, incida sulla struttura di quella particolare fattispecie⁶⁴. Ove la prestazione originariamente dovuta abbia avuto ad oggetto un bene presente nel patrimonio del debitore, questi si libererà consegnandolo e versando una somma di denaro che compensi il creditore del danno patito per il ritardo; ove ciò non sia possibile il debitore potrà liberarsi versando una somma di denaro. L'esecuzione forzata mira a conseguire il medesimo obiettivo, sicché, quando possibile, avrà ad oggetto il bene dovuto ed altri beni, dalla cui vendita il creditore trarrà la somma di denaro idonea a compensarlo del danno patito. Ove ciò non sia possibile l'esecuzione forzata avrà ad oggetto una quantità di beni facenti parte del patrimonio del debitore, dalla cui vendita il creditore

rifiutare qualunque concezione meccanicistica e semplicemente strutturale del fenomeno, affondando le sue radici in una valutazione teleologico-funzionale degli interessi in giuoco alla cui valutazione lo stesso legislatore non si esime dal dettare dei criteri, sia pure elastici, sì da escludere che l'impossibilità sopravvenuta sia sempre un fatto estintivo o – per dirla con l'autorevole dottrina qui considerata – significhi estinzione”.

⁶⁴ P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 16 e *passim*. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., pp. 44 e ss.

trarrà quella somma di denaro necessaria a compensarlo del danno derivante dalla mancata esecuzione della prestazione.

È utile, al fine di comprendere la natura della vicenda cui l'inadempimento dà vita, chiarire la relazione intercorrente tra adempimento tempestivo e spontaneo dell'obbligazione, adempimento ritardato e spontaneo dell'obbligazione ed esecuzione forzata, sia essa in forma specifica che per espropriazione.

Si è detto, ma giova ribadirlo, che vi è una evidente differenza di struttura e di funzione tra il rapporto obbligatorio rimasto inadempito ed il rapporto obbligatorio sorto in virtù della previsione di cui all'art. 1218. Il debitore, una volta inadempita l'originaria obbligazione, estingue il vincolo adempiendo una nuova obbligazione avente oggetto e titolo diverso; l'esecuzione della diversa prestazione appare funzionale alla soddisfazione di un diverso interesse, alla attuazione di un diverso valore.

Riprendendo i tre noti quesiti posti dalla dottrina che con maggior attenzione si è posta la problematica dell'individuazione del legame intercorrente tra esecuzione forzata e diritto sostanziale⁶⁵, può giungersi alle seguenti, prime, conclusioni. È vero che sia mediante l'adempimento che mediante l'esecuzione forzata si perviene al medesimo fenomeno, l'estinzione

⁶⁵ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., p. 4: "Ecco il punto sul quale dobbiamo soffermarci, per affrontare una questione preliminare e fondamentale, la cui esatta impostazione costituisce la necessaria premessa di un serio studio della esecuzione forzata in rapporto al (alle sue conseguenze sul) diritto sostanziale. I termini in cui il problema va impostato sono i seguenti: a) Che cosa sia attua e che cosa non si attua nella esecuzione forzata; b) che cosa può attuarsi nella esecuzione in genere, anche volontaria, delle obbligazioni, e che cosa non può attuarsi nella esecuzione forzata; c) che relazione esiste tra il rapporto giuridico e la esecuzione, volontaria o forzata?"

dell'obbligazione⁶⁶: tale circostanza, però, che pur fotografa una realtà di fatto che non può essere contestata, non spiega la complessità della vicenda che porta a tale estinzione.

L'assimilazione tra adempimento ed esecuzione forzata può essere condivisibile solo ad una condizione: chiarire quale obbligazione si sta adempiendo. Perché, se con tale assimilazione si vuole assumere che l'esecuzione spontanea dell'originaria prestazione dedotta in obbligazione e l'esecuzione forzata, anche in forma specifica, assolvono la medesima funzione⁶⁷, allora l'interpretazione esaminata non può essere condivisa⁶⁸. L'effetto estintivo che accomuna le due esecuzioni non può indurre a tale conclusione, se non in una visione esclusivamente strutturale che accomuni tutti i fatti estintivi a prescindere dalla funzione che questi svolgono⁶⁹.

⁶⁶ M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 100.

⁶⁷ In tal senso S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., p. 10, secondo il quale “è relativamente indifferente, in astratto, che il creditore consegua la sua utilità ad opera del soggetto obbligato o di un altro soggetto qualsiasi. Devesi guardare al risultato più che al mezzo con cui viene conseguito”. Conforme R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, cit., p. 506 e s. secondo il quale l'esecuzione forzata mira a realizzare il diritto di credito dedotto nel rapporto obbligatorio rimasto inadempito.

⁶⁸ Che l'esecuzione forzata realizzi il diritto di credito dedotto nel rapporto obbligatorio rimasto inadempito è una conseguenza dell'aver considerato oggetto del diritto di credito il bene dovuto, e non il comportamento del debitore; premessa, questa, che, alla luce di ciò che si è assunto essere il rapporto obbligatorio, non può essere condivisa.

⁶⁹ *Contra* S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., p. 12, secondo il quale esecuzione forzata e volontaria possono, senza ulteriori specificazioni essere accomunate sotto il profilo del comune effetto estintivo del rapporto.

L'esecuzione forzata, sia essa in forma specifica o per espropriazione, può essere accomunata, sotto il profilo funzionale, esclusivamente all'adempimento spontaneo dell'obbligazione risarcitoria, mai all'adempimento spontaneo dell'obbligazione originaria. L'interesse dedotto nel rapporto obbligatorio originario può essere soddisfatto solo mediante l'adempimento spontaneo del debitore della prestazione ivi dedotta. Se tale attività esecutiva manca, si verifica un fatto giuridico in virtù del quale l'interesse creditorio subisce una lesione irreversibile, che rende impossibile l'attuazione del valore che quel rapporto mirava a tutelare. L'esecuzione forzata non è in grado di assicurare al creditore la medesima utilità che si attendeva dall'adempimento spontaneo dell'obbligazione⁷⁰.

L'inadempimento, inteso quale fattispecie giuridica esterna al rapporto, è di per sé idoneo a determinare l'estinzione dell'obbligazione⁷¹ e la liberazione del debitore tutte le volte che non sia a questi imputabile. Comprendere cosa avvenga quando ciò non si verifica – ovvero quando sono presenti tutti i fatti

⁷⁰ Non vi può essere equivalente dell'adempimento spontaneo del debitore, in quanto questo si caratterizza proprio in relazione al comportamento cooperativo del soggetto obbligato, che non è passibile di equivalenti costruiti sulla scorta di una pretesa definizione oggettiva della prestazione. Questa, al contrario, può essere ricostruita solo in termini soggettivi, quale comportamento posto in essere da quel determinato debitore, sicché l'alternativa proposta dalla dottrina esaminata è solo apparente. Sul punto, si condivide quanto evidenziato da U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 55, secondo il quale non può parlarsi di vera e propria attuazione del rapporto “quando la prevista utilità derivi al creditore *aliunde*, indipendentemente, cioè, dall'assunzione da parte del debitore del comportamento dovuto [ad es. attraverso la “prestazione” del terzo *ex* art. 1180; o in via di esecuzione forzata, ai sensi degli artt. 2910 s.]”.

⁷¹ vedi *supra* le considerazioni svolte al par. 5.

giuridici previsti dall'art. 1218 – postula la necessità di analizzare il concreto rapporto e la funzione che in tale ipotesi la fattispecie è chiamata a produrre. Quando si verifica un fatto giuridicamente idoneo a produrre l'estinzione del rapporto, occorre verificare qual è la situazione giuridicamente interessata alla prosecuzione del rapporto⁷². In ipotesi di inadempimento imputabile è la situazione giuridica creditoria ad essere titolare dell'interesse alla prosecuzione del rapporto, che si sostanzia nella nascita dell'obbligazione risarcitoria. La nascita di questa obbligazione appare dunque funzionalmente collegata alla soddisfazione di tale interesse.

L'inesecuzione della prestazione attesa pone al creditore un problema nuovo. Il programma obbligatorio non è stato attuato; l'utilità attesa non è arrivata. Da ciò, in relazione al concreto rapporto rimasto inadempito⁷³, discendono diverse conseguenze negative, di carattere patrimoniale e non patrimoniale, che vanno ad incidere sulla sfera giuridica del creditore. Questi diviene portatore di un nuovo e diverso interesse; tale interesse si sostanzia nell'aspettativa che il debitore rimanga vincolato;

⁷² P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 21: "Una volta analizzato l'interesse che giustifica l'esistenza del concreto rapporto, si deve verificare se alla sopravvivenza di quell'interesse è giuridicamente interessato uno solo dei soggetti protagonisti dell'obbligazione o se invece sono interessati entrambi o, meglio, entrambe le situazioni giuridiche soggettive di cui consta il rapporto obbligatorio". Tale interesse, tipicamente, è quello della sfera giuridica creditoria. Ma ben possono darsi fattispecie concrete, nelle quali, come si avrà modo di verificare, anche il debitore inadempiente può essere interessato a che il rapporto permanga, pur avendo un contenuto nuovo e diverso dal precedente.

⁷³ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., pp. 174-5, secondo il quale l'obbligo del risarcimento del danno va sempre qualificato in funzione del preesistente obbligo violato.

l'ordinamento non può consentire al debitore di ledere l'altrui sfera giuridica, ma deve prendere atto di tale situazione e porvi rimedio. Non può essere indifferente per l'ordinamento la circostanza che il creditore abbia uno strumento che gli consenta la soddisfazione di tale nuovo interesse⁷⁴.

8. La situazione giuridica creditoria diviene portatrice dell'interesse, giuridicamente tutelato, alla rimozione delle conseguenze negative ascrivibili all'inadempimento. Questo è il valore che l'ordinamento mira ad attuare mediante l'obbligazione risarcitoria. L'adempimento di questa è il fatto giuridico che estingue il vincolo.

Per giungere a tale obiettivo il sistema prende atto dell'esistenza dell'interesse creditorio evidenziato, il quale ha una caratteristica fondamentale: è un interesse neutro rispetto alla fase esecutiva. Sia che l'esecuzione dipenda da un comportamento volontario del debitore, sia che dipenda dall'utilizzo degli strumenti esecutivi che l'ordinamento assegna al creditore, l'interesse può trovare la medesima soddisfazione.

La funzione dell'art. 1218, allora, è proprio questa: consentire la nascita di un rapporto obbligatorio che possa essere eseguito, indifferentemente, mediante l'esecuzione volontaria e l'esecuzione forzata della prestazione. In ciò tutta la forza della fattispecie prevista dall'art. 1218: sanzionare l'inadempimento e disciplinarne le conseguenze⁷⁵. Preso atto del comportamento inadempiente del debitore, l'unica possibile sanzione è quella di

⁷⁴ Per l'ordinamento, anzi, è fondamentale che il creditore disponga di uno strumento che gli consenta di pervenire ad un risultato che, seppur diverso da quello dovuto, sia a questo equivalente. Sull'importanza di tale valutazione P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 2.

⁷⁵ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, cit., p. 506.

costituire un rapporto la cui esecuzione possa, ma non debba necessariamente, prescindere dalla collaborazione del debitore⁷⁶.

Costituire un rapporto che assicuri mediante la previsione di due fatti giuridici omogenei – l’adempimento volontario e l’esecuzione forzata – l’attuazione del valore tutelato: l’interesse del creditore a veder rimosse le conseguenze negative che l’inadempimento ha prodotto. Se, infatti, il rapporto originario rimasto ineseguito costituisce un elemento della fattispecie, e se tale elemento non può non influenzare la struttura del fatto estintivo, la conseguenza non può che essere la predisposizione di una struttura che, sotto il profilo funzionale, possa produrre l’effetto desiderato anche prescindendo da cooperazione del debitore, della quale si può ragionevolmente dubitare alla luce di quanto verificatosi nella fase fisiologica del rapporto.

9. L’unico elemento che accomuna l’obbligazione principale e quella risarcitoria è la permanenza delle situazioni giuridiche soggettive legate dal vincolo. A dire il vero in alcune ipotesi, qualora la situazione giuridica creditoria sia affiancata, nella fase fisiologica, da una situazione di garanzia, può aversi anche un mutamento delle sfere giuridico patrimoniali coinvolte, nel senso che, con l’inadempimento, anche il garante diviene parte del rapporto obbligatorio⁷⁷: in questa ipotesi la situazione giuridica debitoria avrà due titolari, i quali sono tenuti all’adempimento della medesima prestazione. Ed in ciò non vi è nulla di rilevante, se non una indiretta conferma della estraneità dei soggetti alla struttura del rapporto giuridico.

⁷⁶ Come nota anche R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, cit., p. 507, “la responsabilità in tanto può efficacemente servire a realizzare il diritto del creditore, in quanto l’oggetto del diritto medesimo sia tale da poter essere procurato al titolare indipendentemente da una attività volontaria del debitore”.

⁷⁷ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 50, nota 2.

La struttura del rapporto si compone di due elementi: il titolo e l'oggetto.

Il titolo costituisce la ragione pratico-giuridica del rapporto, del quale individua il profilo causale e funzionale. Il titolo, pur essendo inscindibilmente legato alla fonte del rapporto, non si confonde con questa. La fonte si riferisce alla fattispecie dal punto di vista della struttura, mentre il titolo qualifica la struttura sotto il profilo della funzione che questa deve realizzare nel caso concreto. Al titolo occorre guardare qualora si debba qualificare una particolare vicenda: una modifica del titolo, infatti, importa sempre la novazione del rapporto sul quale la fattispecie incide.

L'oggetto è invece l'interesse concretamente regolato nel rapporto ed il comportamento mediante il quale tale interesse deve essere soddisfatto.

La modificazione dell'oggetto e del titolo, importando una modificazione dell'aspetto funzionale del rapporto – del regolamento d'interessi – implica di per sé una estinzione novativa dell'obbligazione⁷⁸.

Parte della dottrina assume che la fattispecie esaminata produca una vicenda modificativa, in virtù della quale alla originaria prestazione dovuta se ne aggiungerebbe una nuova, ovvero, a seconda dell'ipotesi concreta, se ne sostituirebbe una nuova⁷⁹. L'illecito contrattuale darebbe vita non ad una

⁷⁸ Conformemente a quanto evidenziato da P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, cit., p. 1030: “Gli elementi che caratterizzano il rapporto obbligatorio sono il titolo e l'oggetto, il mutamento di uno di essi comporta l'estinzione novativa dell'obbligazione”.

⁷⁹ M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 54: “Per ciò che riguarda il comportamento dovuto noi diciamo che l'art. 1218 c.c. abr. (ora 1218 c.c.) prevede una modifica oggettiva del rapporto obbligatorio per sostituzione di prestazioni, e non già una

obbligazione nuova e derivata, ma alla continuazione della originaria obbligazione che permane con una nuova prestazione, senza che ne risulti intaccata la individualità del rapporto⁸⁰.

Il rapporto avente ad oggetto il risarcimento danni consterebbe in sostanza di una obbligazione modificata, caratterizzata dal persistere dei soggetti e dal mutare dell'oggetto⁸¹.

La ricostruzione che si esamina non può essere condivisa, ove si consideri la irriducibile diversità tra le due obbligazioni,

novazione, cioè la doppia vicenda della estinzione del rapporto obbligatorio e della costituzione di uno nuovo”.

⁸⁰ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., pp. 50-1, nota 2: “E si badi che nell’illecito contrattuale il risarcimento del danno configura non una obbligazione nuova e derivata, ma la continuazione dell’originaria obbligazione, che permane con una nuova prestazione (risarcimento del danno), la quale peraltro non ne intacca la individualità”; ID, *op. ult cit.*, pp. 173-5, nota 3: “Ma nella c.d. responsabilità contrattuale riteniamo, con un’autorevole dottrina, che il risarcimento del danno – anche nel caso limite dell’impossibilità totale della prestazione (e sempre s’intende parlando d’impossibilità sopravvenuta ed imputabile al debitore) – configuri non una nuova obbligazione singola individua, distinta dall’originaria obbligazione violata, ma una continuazione dell’originaria obbligazione, nella quale viene semplicemente a sostituirsi una nuova prestazione (risarcimento del danno) all’originaria prestazione; si tratta, adunque, di una semplice modificazione (obiettiva) in senso stretto, la quale non intacca la individualità dell’originario obbligo, non ne produce l’estinzione (come invece avviene, ad es., nella novazione obbiettiva)”.

⁸¹ Cfr. P. RESCIGNO, Voce *Obbligazioni (nozioni)*, cit., p. 205, secondo il quale “l’obbligo di risarcimento posto a carico del debitore inadempiente opera una modifica nell’ambito di un’obbligazione già esistente, surrogando al contegno ineseguito il dovere di riparare i danni”.

quella originaria e quella risarcitoria, che innanzi si è tentato di descrivere.

Il titolo dell'obbligazione risarcitoria differisce irrimediabilmente dalla ragione pratico-giuridica del rapporto rimasto inadempito. All'originaria funzione se ne sostituisce una nuova. Se il rapporto iniziale aveva lo scopo di soddisfare l'interesse creditorio a ricevere una determinata utilità, il rapporto risarcitorio mira a consentire l'ottenimento di una utilità del tutto diversa. La fonte dell'obbligazione risarcitoria non è quella fattispecie in virtù della quale l'ordinamento aveva consentito la costituzione del rapporto obbligatorio poi rimasto inadempito, ma è nell'art. 1218, è una fonte legale. Anche nell'ipotesi più estrema, nella quale vi dovesse essere una perfetta coincidenza tra il bene che originariamente doveva pervenire al creditore ed il bene di cui questi entra in possesso mediante l'eventuale esecuzione forzata – è il caso limite dell'obbligazione di consegnare una cosa determinata la cui ritardata consegna non abbia prodotto danni – è evidente che tale attività esecutiva trova titolo e fonte diversi rispetto al titolo ed alla fonte del rapporto obbligatorio inadempito⁸².

Anche l'oggetto dell'obbligazione subisce una radicale modificazione qualitativa. Il comportamento dovuto dal debitore al fine di adempiere l'obbligazione risarcitoria è del tutto differente e varia da una prestazione minima, che vuole la esecuzione dell'originaria prestazione e la consegna di una somma di denaro, sino ad una massima, che vuole la consegna di una somma di denaro in luogo dell'originaria prestazione.

⁸² Si veda anche L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 235: “E del resto l'esecuzione forzata è tanto poco il pieno raggiungimento dei fini voluti primariamente dal creditore che ben spesso (anche quando l'esecuzione coattiva glieli faccia raggiungere in forma specifica) questa via d'uscita non rappresenta che un meno peggio per lui”.

Una modifica così radicale del titolo e dell'oggetto dell'obbligazione non può essere spiegata in termini di mera modifica, comporta l'estinzione novativa dell'obbligazione⁸³.

L'inadempimento imputabile agisce come una causa esterna che estingue l'obbligazione principale ma non libera il debitore, in quanto costituisce ex art. 1218 un nuovo rapporto avente la struttura e la funzione evidenziate in precedenza. Il creditore non conseguirà mai l'originaria utilità attesa dal rapporto, ma vedrà soddisfatto il diverso interesse ad ottenere la rimozione dei danni patiti a causa dell'inadempimento. La disciplina dell'inadempimento viene dettata a tutela di questo interesse, ed ha la funzione di garantire che il creditore pervenga ad un risultato utile, seppur diverso da quello originariamente prefigurato.

La obiettiva e concreta analisi degli interessi regolati nel rapporto principale induce l'ordinamento a predisporre una vicenda di carattere estintivo – costitutivo, che si fonda su di un fatto giuridico che assume idoneo alla produzione dell'effetto. Non è la singola prestazione a mutare. È il comportamento dovuto dal debitore ad essere completamente diverso, è l'oggetto del rapporto ad essere mutato radicalmente.

L'inadempimento è quella fattispecie, verificatasi la quale, la norma – l'art. 1218 – produce l'effetto suo proprio, estinguendo l'originario rapporto e costituendone uno nuovo, avente oggetto e titolo diverso.

Se, da un lato, il debitore inadempiente non può più liberarsi adempiendo l'originaria prestazione⁸⁴, sorge, dall'altro, un nuovo rapporto obbligatorio, avente ad oggetto il risarcimento dei danni patiti, al fine di tutelare l'interesse del creditore a veder rimosse le

⁸³ In tal senso si è espresso R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, cit., p. 510.

⁸⁴ *Supra*, par.5.

conseguenze negative ascrivibili all'inadempimento subito. L'oggetto di tale obbligazione è diverso, a seconda che sia possibile, ovvero utile, conseguire o meno l'originaria prestazione.

Nella prima ipotesi, come detto, oggetto dell'obbligazione sarà l'esecuzione dell'originaria prestazione ed il pagamento di una somma di denaro, che compensi il creditore del pregiudizio patito. Nella seconda ipotesi, oggetto dell'obbligazione sarà una somma di danaro, rappresentativa, all'un tempo, del valore della prestazione rimasta ineseguita e del danno derivante dal ritardo con cui tale valore viene conseguito.

L'analisi della complessiva vicenda che porta alla definitiva estinzione del vicolo conferma l'ipotesi ricostruttiva prescelta.

Dovendo individuare una nozione di attività esecutiva, si può essere d'accordo nell'affermare che questa è l'attuazione concreta di un programma già predisposto⁸⁵. Tanto l'esecuzione tardiva quanto, a maggior ragione, l'esecuzione coattiva, non sono mai l'esecuzione del rapporto originario rimasto inadempito, il quale, sostanziandosi in un comportamento soddisfattivo di un determinato interesse non è suscettibile di equivalenti.

Tale attività risulta essere esecutiva non dell'originaria obbligazione, ma del precetto contenuto dall'art. 1218, il quale, per il tramite della responsabilità personale del debitore, impone l'esecuzione di una prestazione risarcitoria che l'ordinamento assume essere soddisfattiva di un particolare interesse: quello a veder rimosse le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'inadempimento.

Il Legislatore dinanzi all'inadempimento non può che prendere atto della mancata collaborazione del debitore, e di come tale circostanza abbia definitivamente frustrato l'interesse

⁸⁵ Sulla nozione di attività esecutiva, interessanti i rilievi svolti da A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, pp. 2 e s. e *passim*.

sotteso all'originario rapporto rimasto inadempito. A tale constatazione fa seguire l'estinzione dell'obbligazione e la contestuale nascita di una nuova obbligazione, funzionalmente tesa a tutelare la parte interessata a che il vincolo permanga.

L'ordinamento enuclea dunque un nuovo interesse, per così dire neutro ed oggettivo, la cui soddisfazione ben può essere assicurata anche da strumenti che prescindano dalla volontaria cooperazione del debitore.

La vicenda mediante la quale tale risultato viene conseguito è una vicenda di carattere novativo, la quale, per il tramite della contestuale estinzione – costituzione di un nuovo rapporto, consente la estinzione satisfattiva dell'obbligazione inadempita.

Nella vicenda esaminata, infatti, la estinzione dell'originaria obbligazione trova un corrispettivo nella nascita della nuova obbligazione, avente oggetto più ampio: può discorrersi di funzione satisfattoria della vicenda, anche se il creditore non riuscirà ad avere la prestazione dovutagli, bensì una prestazione che prenderà il posto della precedente⁸⁶. La funzione dell'istituto esaminato è proprio questa: dar luogo ad una vicenda che consenta al creditore di ricevere un risultato sostitutivo dell'adempimento che si assume avere il medesimo valore di questo.

10. Non osta a tale conclusione la circostanza che la fonte – ovvero il titolo per chi non opera tale distinzione – della vicenda

⁸⁶ La conclusione pare essere in linea con quanto precisato da P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 61., il quale esattamente ritiene che la vicenda possa essere qualificata come satisfattiva allorquando il creditore veda soddisfatto un interesse di carattere succedaneo rispetto a quello originariamente dedotto. È contrario ad una ricostruzione in termini satisfattivi della vicenda novativa P. RESCIGNO, *Voce Novazione (Diritto civile)*, cit., p.432.

sia legale e non negoziale⁸⁷. La funzione novativa può trovare la sua fonte sia in un negozio che sia in un semplice fatto o atto idonea a produrla⁸⁸. Ove si consideri che l'elemento dell'*animus* è irrilevante, qualora manchi la modifica obiettiva del rapporto⁸⁹, e che la novazione è un effetto riconducibile a diverse fattispecie, anche non negoziali⁹⁰, non vi è alcuna valida ragione a sostegno della inconfigurabilità della novazione quale effetto di una fattispecie avente fonte legale⁹¹.

La diversa opinione che si esamina si fonda su di una astratta visione del fenomeno estintivo, in virtù della quale la vicenda novativa può essere prodotta esclusivamente da una fattispecie negoziale che veda coinvolte entrambe le parti originarie del rapporto⁹². Ma tale affermazione risulta in contrasto sia con i dati normativi, il cui esame conferma invece che il titolo del potere novativo deve essere riferito alle situazioni iniziali sulle

⁸⁷ Così C. MIRAGLIA, Voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 2

⁸⁸ In tal senso si veda P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 61.

⁸⁹ In tale senso, soccorre quanto evidenziato P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 78.

⁹⁰ P. RESCIGNO, Voce *Novazione (Diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1968, p. 434, sembra concordare con la tesi prescelta, allorché sottolinea che la novazione costituisce un effetto che può collegarsi a fattispecie diverse.

⁹¹ Esplicitamente nel senso che sia possibile configurare la vicenda novativa quale conseguenza prevista direttamente dalla legge sono P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 454, F. CARNELUTTI, *Fallimento e operazioni di borsa*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 2; W. BIGIARI, *Riparto, fallimento, compensazione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, p. 280 ss.; P. RESCIGNO, voce *Novazione (Diritto civile)*, cit., p. 434.

⁹² La non necessaria simmetria tra fattispecie costitutiva ed estintiva del rapporto è stata già affermata da P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 454.

quali questo poi va ad incidere⁹³, sia con il principio dell'economia delle dichiarazioni, il quale consente che l'effetto novativo sia il frutto di fattispecie non solo negoziali, ma anche a struttura unilaterale e legale, sia per il mutamento del titolo che per il mutamento dell'oggetto⁹⁴. Il principio indicato impone la partecipazione della dichiarazione della parte solo in quanto questa sia giuridicamente utile. Nell'ipotesi esaminata nulla le parti possono aggiungere al comportamento tenuto, potendosi solo immaginare la rilevanza di una opposta dichiarazione creditoria, di carattere remissorio, che estinguerà, integralmente o parzialmente, l'obbligazione risarcitoria.

Né risulta valido argomento, a contrastare l'ipotesi rocostruttiva precelta, la asserita mancanza di contestualità tra momento estintivo e momento costitutivo: si è affermato, infatti, che mentre l'obbligazione risarcitoria sorgerebbe, in virtù dell'art. 1218, al momento dell'inadempimento, la estinzione del rapporto originario avverrebbe solo successivamente, grazie all'adempimento dell'obbligazione di risarcire il danno⁹⁵.

La critica esaminata si fonda su di una errata lettura della vicenda mediante la quale si perviene all'estinzione del rapporto. Abbiamo avuto modo di verificare che il debitore, una volta

⁹³ L'approfondimento della conclusione esaminata esula, per la sua complessità, dallo specifico tema trattato. Per approfondimenti si veda P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 454.

⁹⁴ In tal senso P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 454; secondo R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 260: "La novazione come la successione nel debito non costituiscono tipi negoziali a sé stanti, né rappresentano l'effetto giuridico necessario di una figura negoziale fissa e immutabile; esse sono semplicemente effetti positivi di svariati schemi negoziali".

⁹⁵ Il rilievo è di C. MIRAGLIA, Voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 2

resosi inadempiente, non può più estinguere l'obbligazione eseguendo solo l'originaria prestazione. Abbiamo altresì avuto modo di precisare come alla inattuazione del valore sotteso alla fattispecie debba conseguire la estinzione di questa. La irreversibile compromissione dell'interesse creditorio, conseguente alla inattuazione del regolamento d'interessi predisposto importa la estinzione immediata del rapporto. Ove tale compromissione non sia imputabile al debitore, la vicenda sarà esclusivamente estintiva o modificativa; ove invece l'inadempimento sia imputabile, in quanto presenti tutti i requisiti previsti dall'ordinamento al fine di integrare la fattispecie, alla estinzione dell'originario rapporto segue, con assoluta contestualità, la nascita di una nuova obbligazione.

Autorevole dottrina ha ritenuto che la fattispecie esaminata non possa che dar luogo ad una vicenda modificativa, fondando tale conclusione mediante l'argomento che, ove questa fosse novativa, non si spiegherebbe il permanere delle eventuali garanzie del credito prestate dal debitore. L'art. 1232 è chiaro nel legare la permanenza delle garanzie ad una effettiva dichiarazione delle parti coinvolte, dichiarazione che, ove la fonte della vicenda sia legale, non può che mancare. Si è anzi ipotizzata la funzione della vicenda modificativa, quando oggetto di tale modifica sia un elemento essenziale del rapporto, proprio nella necessità di consentire la permanenza delle garanzie prestate⁹⁶.

Anche tale argomento, nonostante sia suggestivo in relazione al rigore mediante il quale viene condotto, non può essere condiviso, ove si ponga mente al dato normativo.

Alla disposizione di cui all'art. 2784, che pone il pegno "a garanzia dell'obbligazione", corrisponde l'art. 2787, secondo il quale il diritto del creditore consiste nel dover essere pagato "con

⁹⁶ M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., pp. 23 e 54.

prelazione sulla cosa ricevuta in pegno”, alla cui vendita non si può procedere se prima il creditore, stabilisce l’art. 2797, non abbia intimato l’adempimento al debitore. L’art. 2808 nessun altro diritto assegna al creditore, se non quello di “essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall’espropriazione” dei beni vincolati a garanzia del suo credito.

Gli istituti esaminati appaiono, sin dall’origine, legati sia dal punto di vista strutturale che funzionale non all’adempimento dell’originario obbligo assunto dal debitore ma all’eventuale inadempimento⁹⁷. La stessa garanzia patrimoniale, per come strutturata dal Legislatore del ’42, appare legata non all’adempimento dell’obbligazione ma al suo inadempimento. L’art. 2740, per essere correttamente inteso, deve essere letto come se affermasse che il debitore risponde dell’*inadempimento* con tutti i suoi beni presenti e futuri⁹⁸. La garanzia patrimoniale, e le

⁹⁷ In tal senso si veda anche C. MIRAGLIA, Voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 3: “Non servirebbe obiettare che siffatta visione è riduttiva della portata dell’istituto, poiché la responsabilità nasce contestualmente all’obbligo e quindi preesiste all’inadempimento. Questo è vero, ma è altresì incontestabile che soltanto l’inadempimento, siasi esso consumato irrimediabilmente o configuratosi come prevedibile, mette in moto i meccanismi della responsabilità patrimoniale, e in via preventiva e in via risarcitoria”.

⁹⁸ in tal senso R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, cit., p. 506, il quale pur giungendo a conclusioni diverse, circa l’interesse tutelato dall’obbligazione risarcitoria, sottolinea come la formula “il debitore risponde dell’adempimento con tutti i suoi beni” possa sembrare tecnicamente imprecisa. La formula esaminata, secondo l’A. “vuole in sostanza mettere in evidenza che la responsabilità è lo strumento idoneo ad assicurare la realizzazione del diritto del creditore, considera la responsabilità sotto il profilo della funzione che essa esplica nei confronti del diritto del creditore. Ma ciò non significa che al tempo

situazioni giuridiche di garanzia, siano esse reali o personali, appaiono sin dalla loro costituzione strutturalmente e funzionalmente legate alla soddisfazione dell'interesse sotteso all'obbligazione risarcitoria⁹⁹.

Non vi è alcuna attualità delle situazioni di garanzia nella fase fisiologica del rapporto¹⁰⁰, tant'è che l'esercizio dei diritti a queste connessi non viene nemmeno in discussione in ipotesi di adempimento del rapporto obbligatorio garantito. E, d'altronde, le situazioni reali di garanzia consentono al creditore esclusivamente di conseguire una somma di denaro, mai l'utilità dedotta nel rapporto obbligatorio inadempito.

Il permanere delle garanzie a tutela dell'obbligazione risarcitoria si spiega, allora, in virtù sia della struttura delle stesse, la cui fattispecie prevede, tra i requisiti essenziali, l'inadempimento dell'obbligazione principale, che della funzione che esplicano, consentire, mediante l'esecuzione forzata, la soddisfazione

stesso la responsabilità non rappresenti la sanzione potenziale dell'inadempimento”.

⁹⁹ In tal senso pare potersi interpretare il pensiero di D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 50, in nota, il quale, con riferimento alle situazioni di garanzia personali afferma che: “Sicché ci sembra nel vero quella dottrina, che nel mancato pagamento del debitore principale ravvisa un elemento della complessiva fattispecie del negozio fidejussorio; elemento successivo alla manifestazione di volontà, e necessario per la nascita dell'obbligazione fidejussoria”. Anche E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 44, rileva in tal senso come: “in ogni contratto che abbia per contenuto esplicito o implicito una garanzia da rischi (un *praes stare*, nel senso originario dell'espressione), fa mestieri distinguere nell'obbligazione di garanzia una fase potenziale, che precede, da una fase attuale, che si ricollega al verificarsi dell'evento temuto”.

¹⁰⁰ Concorde su tale conclusione C. MIRAGLIA, Voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 3

dell'interesse del creditore a veder rimosse le conseguenze pregiudizievoli legate all'inadempimento. L'unico interesse, si è visto, che può trovare identica a soddisfazione a prescindere dalla collaborazione prestata dal debitore.

La problematica esaminata è male impostata, ove la si ponga dal punto di vista di comprendere la permanenza delle garanzie a tutela del vincolo ormai estinto. Le situazioni di garanzia sorgono, *ab origine*, per rispondere dell'inadempimento; si pongono sin dall'inizio al servizio dell'obbligazione risarcitoria e non di quella principale.

11. In un'ottica che esamini le vicende che riguardano il rapporto sotto un profilo concreto, avente ad oggetto gli interessi delle parti per come sono stati effettivamente disciplinati, l'attività esecutiva che il debitore pone o meno in essere può essere esaminata sotto un diverso punto di vista.

Il debitore è tenuto all'adempimento. Se non adempie si verifica una fattispecie di carattere novativo, comunque satisfattiva dell'interesse creditorio, il quale può pervenire ad una utilità diversa, che fa da corrispettivo alla perdita dell'utilità originariamente attesa. Tale diversa modalità di estinguere l'obbligazione è a disposizione del debitore, di modo che questi, in relazione al proprio concreto interesse, possa unilateralmente decidere se estinguere il rapporto mediante l'adempimento o il risarcimento del danno?

Ipotizzando, ad esempio, che un debitore impresa trovi più conveniente concludere il medesimo contratto di fornitura già stipulato con un proprio partner storico con altra impresa; e che a ciò sia indotto non tanto perché spunti un corrispettivo maggiore, ma magari perché tramite quella fornitura ritiene di dar vita ad un rapporto commerciale che negli anni darà un maggiore ritorno economico e d'immagine, in relazione, ad esempio alla notorietà del nuovo partner, di per sé idonea, come in molti casi accade, ad aprire al nostro ipotetico debitore scenari imprenditoriali nuovi e

più allettanti. Il debitore, nell'ipotesi innanzi esemplificata, può scegliere di essere inadempiente, sopportandone le conseguenze, pur di seguire il proprio interesse d'impresa, ritenendo, magari a torto, che il costo dell'inadempimento sia inferiore rispetto a quello che l'adempimento comporterebbe – la perdita delle nuove prospettive commerciali nell'esempio fatto.

La tematica dei modi di estinzione del rapporto obbligatorio può forse arricchirsi di tale nuova struttura, idonea, di per sé, a produrre il comune effetto estintivo. Una struttura che, sotto il profilo funzionale, asseconda l'interesse del debitore a liberarsi dal vincolo senza adempiere la prestazione originaria ma risarcendo il danno patito dal creditore¹⁰¹.

In una visione che non si limiti ad un esame astratto delle relazioni intersoggettive non si può aprioristicamente escludere l'ipotesi in esame; ben può esservi un interesse del debitore a non adempiere volto non a ledere la sfera giuridica del creditore

¹⁰¹ Con la doverosa precisazione che non spetta certo al debitore la determinazione qualitativa e quantitativa dell'obbligazione risarcitoria. Qualora, infatti, l'originaria prestazione permanga possibile ed utile pur successivamente all'inadempimento, deve ritenersi che stia al creditore la scelta se chiedere, e dunque, nell'ottica esaminata, accettare la prestazione di questa e di una somma di denaro che lo compensi del ritardo, ovvero una somma di denaro, complessivamente indicativa tanto della mancata prestazione quanto del risarcimento di tutte le conseguenze pregiudizievoli che da tale mancata prestazione discendono. In tal senso pare deporre, oltre che la logica del sistema, posto che ove ciò non fosse ne risulterebbe del tutto svuotata la nozione stessa di diritto soggettivo, anche argomenti di tipo normativo, desumibili dalla disciplina della risoluzione per inadempimento. Dall'esame dell'art. 1453 pare corretto assumere che solo la scelta orientata verso la rinuncia all'originaria prestazione consenta al debitore di estinguere il vincolo mediante il versamento di una somma di denaro.

quanto a perseguire altre finalità, di per sé lecite. Non si vede quale argomento possa escludere il risarcimento del danno dalle modalità di estinzione del rapporto diverse dall'adempimento. In una ottica di costi/benefici, che è quella nella quale si muove qualunque scelta, non solo di carattere imprenditoriale, ben può il debitore scegliere di rendersi inadempiente, e di risarcire il danno, tutte quelle volte in cui l'adempimento abbia un costo maggiore, in termini di produttività, rispetto ad un inadempimento, magari nella forma dell'adempimento tardivo.

Nell'esempio fatto il nostro ipotetico debitore ben potrebbe in un momento successivo offrire al creditore insoddisfatto l'esecuzione della prestazione ed una somma di denaro che compensi questi del tempo intercorso, ovvero una somma di denaro che compensi il creditore della mancata prestazione e del danno patito per il ritardo. E si dubita che sia legittimo il comportamento di quel creditore il quale rifiuti l'offerta di una prestazione congrua – *un risarcimento ragionevole del danno patito* - ed insista per l'esecuzione forzata. L'art. 2797, nell'imporre al creditore un lasso di tempo tra l'intimazione di pagamento e la vendita della cosa data in pegno, durante il quale il debitore può proporre opposizione, pare confermare che, ove l'inadempiente offra una prestazione idonea a soddisfare l'interesse creditorio, questi sia tenuto ad accettarla.

In una visione del rapporto obbligatorio più aderente alla realtà sociale e normativa nel quale questo si inserisce si scopre infine che l'art. 1218 non ha affatto lo scopo di indurre il debitore all'adempimento mediante lo spettro di una sanzione¹⁰². In una

¹⁰² Si contesta quanto afferma D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 35, ovvero che nell'obbligazione l'effetto dell'art. 1218 motivi la volontà a tenere un comportamento esteriore, ad adempiere. La conseguenza di cui all'art. 1218 può essere ritenuta sfavorevole solo in una visione astratta del rapporto obbligatorio. Possono darsi altresì ipotesi concrete nelle quali, da una analisi degli interessi delle parti, si

moderna visione dell'obbligazione il debitore non adempie perché costretto, perché obbligato. Adempie in quanto portatore di un proprio personale interesse all'esecuzione degli obblighi assunti. Uno sguardo, pur sommario, agli interessi concretamente in gioco nella fase attuativa del rapporto conferma che l'interesse del debitore all'adempimento, legato alla necessità di costruirsi una reputazione commerciale, di veder crescere il proprio credito e la propria immagine nell'ambiente che lo circonda, è forte tanto quanto, se non di più, l'interesse creditorio a percepire la prestazione dovuta. L'immagine classica, legata alla struttura del rapporto disegnata da Libro quarto del codice, deve essere integrata e superata in virtù della qualificazione che dei rapporti intersoggettivi dà la Carta costituzionale. L'obbligazione deve essere esaminata sotto un profilo funzionale, ponendo attenzione, nella fase esecutiva, ai concreti interessi e valori dei quali sono portatrici le persone coinvolte. L'art. 1218 lungi dal limitarsi ad indicare una sanzione, si occupa di disciplinare le conseguenze di una determinata fattispecie: l'inadempimento.

Esaminata l'attuazione del rapporto obbligatorio sotto tale diverso profilo, non vi sono ragioni per escludere che il debitore possa consapevolmente scegliere di estinguere l'obbligazione non adempiendo, ma risarcendo il danno derivante dall'inadempimento, che si pone dunque quale diversa modalità attuativa dell'obbligazione di carattere satisfattivo¹⁰³.

possa evincere che il mancato adempimento sia una opportunità favorevole per il debitore.

¹⁰³ Modalità alternativa che pare possibile ricostruire mediante lo schema dell'obbligazione facoltativa. L'obbligazione originariamente assunta ha ad oggetto una sola prestazione, ma il debitore, in virtù della previsione di cui all'art. 1218, ha la facoltà di liberarsi mediante l'esecuzione della prestazione dedotta nell'obbligazione risarcitoria. Il contenuto di tale obbligazione, però, qualora l'originaria prestazione dovuta sia ancora possibile, è determinato dal creditore in virtù di un

12. La vicenda legata all'inadempimento persegue una funzione di carattere oggettivo posta a tutela di un interesse dell'ordinamento. Tale funzione si concreta nella necessità di operare un bilanciamento tra "valori" di rilevanza costituzionale, tra la "libertà di iniziativa economica" sancita dall'art. 41 cost. ed il preminente dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi di cui all'art. 2 cost.

La pretesa creditoria innanzi individuata, alla cui soddisfazione tende l'obbligazione risarcitoria, trova il limite nella esigibilità della stessa alla luce del detto dovere di solidarietà, che opera in sinergia con il canone generale di buona fede e correttezza¹⁰⁴. L'obbligazione risarcitoria, se da un lato mira alla soddisfazione dell'interesse creditorio, dall'altro appare funzionalizzata anche alla tutela dell'interesse del debitore inadempiente, di modo che si eviti una iniqua determinazione del *quantum* del risarcimento dovuto¹⁰⁵.

giudizio circa la persistente utilità dell'adempimento tardivo. L'adozione dello schema dell'obbligazione con facoltà alternativa si presta in maniera ottimale a verificare come, anche nella fase successiva all'inadempimento, vi sia comunque un interesse del debitore all'estinzione del vincolo che l'ordinamento deve tutelare.

¹⁰⁴ Si veda quanto innanzi evidenziato circa il rapporto tra diligenza e colpa nella valutazione dell'inadempimento.

¹⁰⁵ In materia di clausola penale, la giurisprudenza di legittimità ha da tempo evidenziato come la necessità di bilanciare il valore della iniziativa economica privata con il dovere di solidarietà implichi che le parti, nell'esercizio della loro autonomia, non possano predisporre quantificazioni pattizie del danno non esigibili alla stregua del criterio di buona fede. Sul punto si veda Cass. civ., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2929; in *Contratti*, 1999, p. 118 con nota di G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*; in *Corr. giur.*, 2000, p. 68 con nota di M. FANCELLI, *Sulla riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*. La Corte rileva come il dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi, operando in sinergia con il canone generale di

Tale funzionalizzazione impone che sia garantita la adeguatezza e proporzione della sanzione all'illecito che essa è destinata a reprimere¹⁰⁶.

La giurisprudenza di legittimità fonda tale esigenza funzionalizzatrice, in materia di clausola penale, sulla natura sanzionatoria dell'istituto, che consentirebbe l'intervento ex officio del giudice a ridurre equitativamente la quantificazione sproporzionata della penale.

Invero si è visto come funzione della fattispecie prevista dall'art. 1218, e dunque della clausola penale che si limita a predeterminare la quantificazione della prestazione risarcitoria ivi dedotta, sia non tanto quella di sanzionare l'inadempimento, quanto quella di predisporre una struttura che, per il tramite della neutralizzazione dell'interesse creditorio, possa essere indifferentemente adempiuta in via spontanea o coattiva.

Il potere equitativo del giudice si fonda sull'esigenza di assicurare la "giustizia del caso concreto", la quale potrà dirsi

buona fede oggettiva e correttezza, funzionalizzi il rapporto alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale inadempiente. Sul punto ha avuto modo di notare A. RICCIO, *E', dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, *Contr. e impr.*, 2000, p. 95, come la decisione esaminata, argomentando la propria conclusione in base al principio di solidarietà costituzionale abbia di fatto venir meno "il dogma dell'intangibilità del contratto". Per un esame approfondito della decisione riportata si veda A. RICCIO, *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contratto e impr.*, 2000, p. 25 ss.

¹⁰⁶ Cass. civ., 24 settembre 1999, n. 10511, cit., p. 2929 e ss. Si deve condividere quanto assume P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 560, allorquando ritiene che "l'introduzione giurisprudenziale del principio di proporzionalità dell'entità della clausola penale al concreto assetto di interessi" si configuri tra gli antesignani della necessità di evitare sproporzioni macroscopiche a favore di chi non le abbia meritate.

garantita solo se ed in quanto vi sia un nesso di adeguatezza e proporzionalità tra l'interesse creditorio leso ed il *quantum* dell'obbligazione risarcitoria¹⁰⁷. Il potere equitativo individuato dalla norma, che peraltro può dirsi espressione di un principio generale, è funzionale alla enucleazione, nel caso concreto, del legame che deve sussistere tra l'obbligo rimasto inadempito ed il risarcimento del relativo danno, e rimane influenzato dalla circostanza che l'originaria prestazione sia ancora possibile ed utile. Tale potere si fonda sull'esigenza dell'ordinamento di assicurare la satisfattoria della complessiva vicenda che prende le mosse dall'inadempimento; esigenza che incide tanto sul potere equitativo del giudice quanto sull'autonomia negoziale delle parti, di modo che la estinzione del rapporto sia conseguenza solo del conseguimento di una nuova prestazione, che sia adeguata e proporzionata all'originario programma obbligatorio rimasto inattuato. Che siano il giudice o le parti a determinare la quantificazione del danno non incide: questo dovrà, di necessità, essere adeguato e proporzionato all'obbligo inadempito.

L'attuazione di tale oggettivo interesse dell'ordinamento riposa sulla applicazione alla fattispecie concreta del principio di proporzionalità¹⁰⁸ e di quello, ad esso connesso, di ragionevolezza¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Come rileva infatti P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 561, occorre sempre commisurare il mezzo al fine perseguito. Tale indicazione implica che, in chiave risarcitoria, l'obbligazione che sorge in conseguenza dell'inadempimento deve essere quantitativamente determinata in funzione dell'interesse a reintegrare la situazione giuridica soggettiva lesa, e non oltre.

¹⁰⁸ Il principio di proporzionalità viene usualmente utilizzato al fine di verificare l'equilibrio contrattuale, in presenza di elementi perturbatori della volontà che inducano a ritenere non meritevole di tutela l'atto di autonomia privata. Sul punto si vedano, in particolare, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir.*

civ., 2001, p. 339; L. FERRONI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Atti del Convegno svoltosi a San Marino il 17 e 18 novembre 2000, Napoli, 2002. La rilevanza del principio è dunque da ravvisare nella possibilità assegnata all'interprete di sindacare la giustizia del singolo contratto, pur senza che da ciò sia possibile desumere l'imposizione, da parte dell'ordinamento, di un necessario equilibrio contrattuale. Tale conclusione risulta peraltro in linea con quanto già evidenziava una attenta dottrina. Si vedano, in particolare G. BISCONTINI, *Onerosità, correttezza e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista.*, Camerino-Napoli, 1984, p. 47 ss. e B. MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in R. FAVALE e B. MARUCCI (a cura di), *Studi in onore di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, II, Napoli, 2003, p. 68 ss. Si noti però come P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 339, precisi che la relazione tra violazione dell'obbligo e sua sanzione costituisca il terreno elettivo del principio di proporzionalità. In relazione a tale precisazione pare corretto assumere la rilevanza del principio in chiave risarcitoria, pur senza necessariamente dover assegnare alla responsabilità una funzione sanzionatoria che, come si avrà modo di verificare, non pare esserle propria. La diretta incidenza del principio di proporzionalità nell'ambito delle relazioni intersoggettive – c.d. incidenza orizzontale – è stata ampiamente verificata e motivata da N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 198 e ss. Nel senso di una acquisita valenza anche nei rapporti intersoggettivi del principio esaminato anche S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 691 in nota.

¹⁰⁹ Principio chiamato ad operare in tutte quelle ipotesi in cui, dovendo comparare tra loro grandezze disomogenee, si verifichi l'insufficienza del solo principio di proporzionalità, per l'attitudine di questo alla comparazione solo quantitativa e non qualitativa tra grandezze. Sul punto P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo*, cit., p. 341, rileva che: "La proporzionalità tende ad essere un principio, che ha valenza sul piano quantitativo e determina, ma non sempre, la conseguenza della riduzione del contratto. Viceversa, quando il collegamento è tra

È necessario comparare tutti gli interessi, patrimoniali e non patrimoniali, lesi in conseguenza dell'inadempimento, al fine di tradurre il risultato di tale analisi in una somma di denaro, la quale o si aggiungerà all'originaria prestazione, qualora questa sia ancora possibile ed utile, ovvero sarà rappresentativa della mancata esecuzione di questa e del danno patito.

Il solo criterio di proporzionalità non è sufficiente a commisurare lo strumento predisposto dall'ordinamento – l'obbligazione risarcitoria – al fine perseguito.

La proporzionalità è la regola che disciplina il rapporto tra obbligo rimasto inadempito e sanzione¹¹⁰, incidendo in via "orizzontale" sia nella fase fisiologica che in quella patologica del rapporto¹¹¹.

La proporzionalità è però principio avente solo valenza quantitativa e presuppone l'esistenza di valori omogenei. L'omogeneità, nella fattispecie esaminata, non è un dato oggettivo ma la conseguenza di un procedimento interpretativo volto a comparare i diversi interessi concretamente dedotti nel rapporto.

Ciò implica l'esigenza di una valutazione di tipo qualitativo, idonea ad enucleare e valutare economicamente gli interessi non patrimoniali dedotti nel rapporto. È necessario far affidamento su di un ulteriore criterio che, seppur intimamente connesso a quello di proporzionalità, consenta di assicurare che tra l'obbligazione

elementi disomogenei, non comparabili che coinvolgono interessi non quantificabili, ad esempio non patrimoniali, ne consegue un bilanciamento tra questi, che non può tradursi sul piano della quantità, ma esige necessariamente una valutazione qualitativa. In queste ipotesi entrano in funzione sia il principio della ragionevolezza sia il principio dell'adeguatezza".

¹¹⁰ In tal senso deve condividersi quanto già argomentato da P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 561.

¹¹¹ In tal senso N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., p. 198 e ss.

rimasta inadempita e quella risarcitoria vi sia un legame di proporzione qualitativa nel bilanciamento di interessi non soltanto patrimoniali: il criterio di ragionevolezza¹¹².

L'adempimento dell'obbligazione risarcitoria potrà dirsi modalità alternativa di estinzione del vicolo, di carattere satisfattivo, solo qualora abbia ad oggetto un prestazione proporzionata alla lesione che l'inadempimento ha provocato al concreto assetto di interessi, patrimoniali e non, dedotto nello specifico rapporto rimasto inadempito.

In tale prospettiva, si deve criticare l'affermazione, che sovente si trova ripetuta in dottrina e giurisprudenza, che la adozione di una clausola penale sproporzionata sia contraria a buona fede, quasi che quest'ultima sia di per sé principio, alla cui violazione possa radicarsi la invalidità della pattuizione contrattuale. La buona fede, lungi dall'esser essa stessa principio, è, piuttosto, una clausola generale, uno strumento, cioè, mediante il quale applicare con la massima intensità i principi fondamentali dell'ordinamento.

Il principio di proporzionalità, come già da tempo chiarito ben presente nel sistema¹¹³, è idoneo a fondare un autonomo

¹¹² Secondo l'insegnamento di quella parte della dottrina che ha evidenziato come la proporzione tra mezzo e fine, e dunque, deve ritenersi, la necessità che l'obbligazione risarcitoria sia correttamente commisurata in relazione alla funzione di reintegrare la sfera giuridica creditoria, implichi una valutazione di carattere qualitativo degli interessi in gioco, che il solo giudizio di proporzionalità non è in grado di assicurare.

¹¹³ La rilevanza, anche in chiave costituzionale, del principio di proporzionalità è stata esattamente identificata da F. CASUCCI, *Il sistema giuridico 'proporzionale' nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 378 ss. Sul punto di rilevante interesse le considerazioni svolte da P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 339, il quale precisa come l'eguaglianza, la solidarietà e la

giudizio¹¹⁴, che incide sulla conformità della regola privata a buona fede, in virtù del quale può affermarsi che la riducibilità *ex officio* della quantificazione sproporzionata dell'obbligazione risarcitoria discende da una mancata conformità della regola pattizia al principio esaminato.

ragionevolezza costituiscano “il terreno culturale e normativo costituzionale dal quale trae origine il principio di proporzionalità”.

¹¹⁴ Sembra muoversi nella direzione indicata, circa la possibilità di fondare la rilevanza di un autonomo giudizio fondato sul principio di proporzionalità F. PROSPERI ...

CAPITOLO SECONDO

L'INADEMPIMENTO NELLE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE. LA FUNZIONE DELL'INTERESSE MORATORIO ED IL RISARCIMENTO DEL "MAGGIOR DANNO" DA RITARDO.

SOMMARIO: 1. Il risarcimento del danno da inadempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'ottica giurisprudenziale del risarcimento del danno da svalutazione monetaria. – 2. La possibile redditività dell'inadempimento quale *ratio* "giurisprudenziale" di modelli interpretativi volti ad indurre il debitore ad adempiere.– 3. Peculiarità dell'obbligazione risarcitoria legate alla natura del debito pecuniario. In particolare il ruolo della irrilevanza dell'impotenza finanziaria del debitore e del principio nominalistico. L'interesse legale moratorio inteso quale quantificazione forfetaria e presunta del danno patito dal creditore. - 4. Perplessità circa la natura e la funzione tradizionalmente assegnate agli interessi legali previsti dal primo comma dell'art. 1224. La naturale produttività del denaro e la diversa disciplina assegnata all'interesse moratorio convenzionale quali indici normativi che devono indurre a verificare la correttezza dell'opinione tradizionale. L'estraneità dell'interesse legale moratorio rispetto ad una reale funzione risarcitoria: la irrilevanza dell'esistenza di un danno. – 5. Segue: l'esame della relazione tra gli artt. 1282 e 1224 comma 1. La genesi storica e la *ratio* delle due disposizioni. Unitarietà funzionale delle due disposizioni alla luce della automaticità della mora del debitore nelle obbligazioni pecuniarie. – 6. Segue: l'interesse legale quale

corrispettivo per la privazione, concordata o meno, del bene denaro per un determinato lasso di tempo. L'interesse legale quale prezzo normativamente predeterminato per il differimento nel tempo dell'adempimento del debito pecuniario – 7. Segue: la diversa disciplina dell'interesse moratorio convenzionale quale indice normativo di una diversa funzione rispetto all'interesse moratorio legale. Il solo interesse moratorio convenzionale appare funzionalmente posto al fine di risarcire il danno in misura predeterminata. – 8. Esame critico dell'opinione secondo cui, ove si assegni all'interesse moratorio legale una funzione non risarcitoria, ciò implicherebbe la possibilità di un cumulo tra rivalutazione ed interessi. Inconciliabilità delle due domande - rivalutazione ed interessi sulla somma rivalutata - ove siano poste entrambe con decorrenza a far data dalla mora del debitore. – 9. Ruolo e funzione dell'art. 1224 nel sistema della responsabilità da inadempimento. – 10. Il tentativo di risolvere il problema della svalutazione monetaria mediante l'utilizzo dell'obbligazione pecuniaria. Il sistema delle presunzioni legate alla categoria sociale di appartenenza del creditore. – 11. La riforma del saggio dell'interesse legale previsto dall'art. 1284 ed i suoi effetti sul sistema: il recupero della funzione originaria dell'interesse legale. Sue implicazioni in materia di onere della prova. L'errore metodologico insito nel tentativo di risolvere il problema della svalutazione monetaria nell'ambito del risarcimento del danno. Necessità di rivalutare l'esame del profilo funzionale del concreto rapporto rimasto inadempito al fine di evidenziare la dimensione qualitativa e quantitativa dell'obbligazione risarcitoria. Ulteriore necessità di mantenere l'obbligazione risarcitoria all'interno della funzione recuperatoria – reintegrativa prevista dal codice del 1942. – 12. Il creditore “commerciale” quale soggetto privilegiato nel modello giurisprudenziale di risarcimento del danno da inadempimento delle obbligazioni pecuniarie. Critica e posizione del problema delle relazioni intercorrenti tra il fenomeno

esaminato e gli interventi normativi in materia di danno da ritardato pagamento nelle obbligazioni “commerciali”.

1. Interessi moratori, maggior danno, obbligazioni di valuta e di valore appaiono nella loro odierna configurazione tra le più indicative esemplificazioni della tendenza del diritto pretorio a farsi “diritto vivente”, locuzione, quest’ultima, con la quale si suole intendere la più o meno velata operazione ermeneutica mediante la quale l’interpretazione di una norma viene dalla giurisprudenza asservita alla tutela di una situazione giuridica che si assume esserne meritevole¹¹⁵.

La cittadella della responsabilità civile, con ogni probabilità proprio in relazione al proprio fondamentale compito di *medium* tra norma ed istanza sociale¹¹⁶, ha visto il diritto pretorio esercitare tale prerogativa in più settori, con esiti che, se tante volte sono apparsi poco in linea con la necessaria unitarietà del sistema¹¹⁷, tante altre hanno avuto l’importante compito di

¹¹⁵ Per una critica al c.d. “diritto vivente” si vedano le considerazioni svolte da F. GAZZONI, *Tentativo dell’impossibile (osservazioni di un giurista ‘non vivente’ su trust e trascrizione)*, in *Riv. del not.*, I, p. 11.

¹¹⁶ Sul ruolo della responsabilità civile quale momento di incontro tra istanza sociale ed ordinamento può senza dubbio rimandarsi alle considerazioni svolte sul punto da C. CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 540 e S. PALMIERI, *Il danno da morte tra motivazioni giuridiche ed analisi economica*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 49.

¹¹⁷ Cfr. E. QUADRI, *Danno e risarcimento nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Giur. It.*, 1979, I, 973, il quale sottolinea come sia l’importanza della verifica delle “conseguenze derivanti dall’adesione a un indirizzo piuttosto che ad un altro ad imporre, infatti, una grande cautela nelle relative scelte, al fine di evitare che queste, dettate da fattori emozionali, finiscano, non trovandosi in linea con i principi costituenti in un determinato

stimolare l'opera riformatrice del legislatore ed interpretativa della Corte costituzionale¹¹⁸.

In materia di obbligazioni pecuniarie la giurisprudenza, incalzata dalla forte istanza sociale legata al fenomeno inflattivo che ha contraddistinto buona parte della seconda metà del novecento¹¹⁹, si è volta alla costruzione di un modello interpretativo che le consentisse di risolvere la problematica afferente il risarcimento del danno derivante da ritardo nel pagamento¹²⁰.

momento il fondamento stesso dell'ordinamento, con il tradire proprio le esigenze poste alla loro base”.

¹¹⁸ Paradigmatica, in tal senso, la vicenda del danno biologico prima e del danno esistenziale poi, per il cui esame mi sia consentito rimandare a due miei contributi, ed, in particolare, alla bibliografia ivi indicata: A. BONANNI CAIONE, *Dal calzolaio al danno esistenziale: percorso verso una teoria generale del risarcimento del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1, ID., *Il danno biologico tra Carta costituzionale e “limiti strutturali”*, ivi, 2000,

¹¹⁹ Circa i riflessi del fenomeno inflattivo sull'ordinamento, può senza dubbio rimandarsi alle considerazioni svolte sul punto da G. CARLI, *Inflazione e diritto*, in *Giust. civ.*, 1981, II, p. 298.

¹²⁰ L'esigenza di tutelare maggiormente il creditore si pose, come si avrà modo di esaminare, proprio negli anni settanta, e sfociò nel famoso *revirement* con il quale la Corte di cassazione ebbe ad alleggerire l'onere probatorio che, sino ad allora, fatalmente impediva al creditore di vedere ristorato il danno patito, in conseguenza della svalutazione intercorsa tra il momento della mora e quello dell'effettivo pagamento. Giova sin d'ora chiarire come la problematica esaminata, correttamente intesa, esuli dallo specifico problema dell'inflazione, dovendosi ritenere che, più opportunamente, riguardi la necessità di assicurare che tra obbligazione risarcitoria ed obbligazione inadempita corra quel particolare legame di proporzionalità che si è ritenuto necessario, al fine di assicurare la complessiva satisfattoria della vicenda predisposta dall'ordinamento a tutela dell'interesse creditorio leso. Per un esame del dibattito dottrinale sotteso all'emersione dell'esigenza di tutela

L'obbligazione pecuniaria, sotto il profilo strutturale, si caratterizza per la propria assoluta neutralità¹²¹ e per la circostanza che, pur scaduto il termine dell'adempimento, la prestazione dedotta rimane sempre possibile¹²² ed utile. Possibile, in quanto

evidenziata si vedano: E. QUADRI, *Danno e risarcimento nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, pp. 971 e ss.; C. M. BIANCA, *Il danno della svalutazione monetaria*, *ivi*, 1979, IV, pp. 129 e ss.; M. FINOCCHIARO, *Debiti di valuta, "mora debendi", rivalutazione monetaria*, in *Giust. Civ.*, 1978, I, pp. 1909 e ss.; A. DI MAJO, *Prassi giurisprudenziale e indirizzi legislativi in tema di svalutazione monetaria dei debiti pecuniari*, in *Foro it.*, 1979, V, pp. 101 e ss.; ID., voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. Dir.*, 1979, XXIX, p. 222 e ss.

¹²¹ La considerazione è stata già evidenziata da P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, cit., p. 1028: "L'obbligazione pecuniaria, perno di quasi tutte le moderne discipline codificate del diritto delle obbligazioni, si prospetta pertanto come un'entità astratta e generica che assume contenuti specifici e peculiari nell'ambito di un regolamento d'interessi tipico (prezzo nella vendita, canone nella locazione, canone nell'enfiteusi, ecc.) o atipico, ma pur sempre come espressione attuativa di una funzione meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico". Ciò, in accordo con quanto evidenziato dall'Autore, implica la necessità che il diritto si faccia regola del "caso concreto nella sua peculiare individualità". Rilevato e qualificato l'interesse che doveva essere attuato dal rapporto, questo si pone quale metro di paragone tra obbligazione inadempita ed obbligo risarcitorio.

¹²² Il principio dell'irrelevanza della eventuale impotenza finanziaria del debitore risulta univocamente accolto sia in dottrina che in giurisprudenza. Nota sul punto M. CARLEO, *Note in tema di obbligazioni pecuniarie*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 658 che "anche nella ipotesi in cui, infatti, l'adempimento e la realizzazione del credito non sono di fatto possibili per mancanza di beni patrimoniali da aggredire, non si ha l'estinzione dell'obbligazione perché si tratta in ogni caso di una non definitiva inettitudine all'adempimento". Conforme C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 105, il quale rileva come ci si trovi dinanzi as

L'eventuale impotenza finanziaria del debitore non rileva al fine di valutarne la diligenza dovuta al fine di adempiere¹²³; utile in quanto il denaro, in relazione alla propria intima qualità di generale strumento di scambio¹²⁴, ha sempre un ben preciso valore funzionale, che prescinde e supera il proprio valore intrinseco¹²⁵, che il Legislatore, fissando la vigenza del principio nominalistico, ha presupposto immutabile nel tempo¹²⁶.

una “mera difficoltà” piuttosto che ad una effettiva impossibilità di adempiere, con la conseguenza che si ritiene non configurabile, per le obbligazioni pecuniarie, una impossibilità giuridicamente rilevante della prestazione. In tal senso si vedano C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. pp. 146-147; A. MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 287; E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. Dir. priv.* Rescigno, 9, I, Torino, 1984, p. 447; F. MASTROPAOLO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. giur.* Treccani, XXI, Roma, 1990, p. 2; T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1959, p. 343.

¹²³ Senza con ciò giungere ad affermare che in materia di obbligazioni pecuniarie la diligenza non funga da metro per giudicare della possibilità, o meno, dell'adempimento da parte del debitore. Si veda sul punto quanto efficacemente osserva M. CARLEO, *Note in tema di obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 661, circa la rilevanza della correttezza o buona fede in senso oggettivo anche in materia di obbligazioni pecuniarie.

¹²⁴ Come correttamente rileva, tra gli altri, A. AMATUCCI, *La prova del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Foro it.*, 1979, I, c. 1889, “il denaro non è concettualmente assimilabile a nessun altro bene reale, essendo l'unico istituzionalmente destinato allo scambio e l'unico in suscettibile di utilità alternative ulteriori rispetto a quelle ricavabili dallo scambio o dall'impiego in altre forme remunerative”.

¹²⁵ Anche tale aspetto risulta ormai ben acquisito al bagaglio concettuale dello studioso del fenomeno, in uno alla considerazione di come la moneta, per le sue specificità, si distingua da qualsivoglia altro bene, con la conseguenza che mal ne comprenderà la disciplina chi si limiti ad

equiparare l'obbligazione pecuniaria all'obbligazione di consegnare cose generiche. In particolare si veda F. MASTROPAOLO, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 2, il quale, dopo aver evidenziato come l'evoluzione storica della moneta abbia portato ad una netta differenziazione del suo valore intrinseco dalla sua utilità circolatoria, rileva come qualità essenziale dei pezzi monetari non siano semplicemente beni idonei allo scambio ma “*strumenti dello scambio, indefinitamente idonei a sempre nuovi scambi di cose e servizi*”. Ed allora, è in tale particolare funzione che si trova la ragione della regola che vuole sempre possibile ed utile l'adempimento tardivo dell'obbligazione pecuniaria. Più che al brocardo *genus numquam perit*, occorre far capo alla inesauribile attitudine del denaro a soddisfare l'interesse creditorio per dar ragione della particolare regola che si vuole governi l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie. E se ciò è, non si può non essere d'accordo con il medesimo Autore allorquando precisa che il denaro non ha un valore in sé, ma acquisisce valore in funzione del “rendimento ricavabile dai suoi impieghi: dal prestito ad interesse, ad operazioni speculative, all'acquisto di beni a loro volta produttivi; esso, una volta inserito nel corso del processo produttivo, è infatti capace di creare nuova ricchezza”. Resta quindi confermata l'estraneità dell'obbligazione pecuniaria alla problematica della categoria dell'obbligazione generica, proprio in funzione della estraneità della prima ai problemi che affliggono la seconda. A DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 226, è chiaro nel precisare come problemi quali la concentrazione della prestazione dovuta e della limitazione di responsabilità del debitore nei limiti della sola esistenza del *genus* considerato, siano del tutto irrilevanti in relazione alla fattispecie dell'obbligazione pecuniaria.

¹²⁶ In tal senso A. AMATUCCI, *La prova del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., c. 1889. Come si avrà modo di verificare, l'efficacia del principio nominalistico sino al momento dell'effettivo pagamento si traduce in una compressione delle facoltà di cui, normalmente, il creditore gode qualora il proprio debitore sia in ritardo nell'adempire la prestazione dovuta. Nella normalità delle ipotesi, infatti, il creditore avrà la scelta tra l'insistere nell'adempimento della originaria prestazione dovuta, cui aggiungere una somma di denaro che

Ciò, in ipotesi di inadempimento, implica due prime necessità. La prima è quella di valutare l'obbligazione inadempita sotto il profilo funzionale, al fine di assicurare la necessaria proporzionalità tra obbligo inadempito e prestazione risarcitoria. La seconda, che interagisce e limita la prima, è quella di tener conto della vigenza del principio nominalistico che la norma – art. 1227 c.c. – vuole applicabile sino al momento dell'effettivo pagamento¹²⁷.

In tale prospettiva le corti, sia di merito che di legittimità, si sono viste costrette a predisporre un rimedio tale da evitare che l'applicazione incondizionata del principio nominalistico portasse ad esiti iniqui, favorendo illegittimamente il debitore. La necessità di assicurare tale risultato, però, ha probabilmente condotto ad esiti che non sempre hanno saputo giustificare le peculiarità

lo compensi del ritardo con cui questa viene eseguita, e la richiesta dell'integrale risarcimento del danno patito, qualora non ritenga più utile l'adempimento dell'originaria prestazione che pur sia rimasta possibile dopo la mora del debitore. L'applicazione della regola generale consentirebbe al creditore di chiedere la rivalutazione del credito, allegando che l'adempimento dell'originaria prestazione non sia più utile in conseguenza della svalutazione intervenuta tra la data della mora e quella dell'effettivo pagamento. Il principio nominalistico, ove correttamente interpretato, preclude al creditore tale scelta, imponendogli di agire in via risarcitoria per l'adempimento dell'originaria prestazione, cui aggiungere una ulteriore somma di denaro solo ove dimostri di aver concretamente patito un danno dal ritardo. Circa il principio nominalistico si vedano ancora A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 233 e B. INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Torino, 1995, p. 469.

¹²⁷ Si noti infatti che l'art. 1227 non fa riferimento alla scadenza dell'obbligazione ma al pagamento, dal che discende che il debitore, seppur moroso, continua ad essere obbligato esclusivamente alla consegna di una quantità di pezzi monetari pari a quella originariamente concordata.

disciplinari che si sono volute assegnare al risarcimento del danno in materia di obbligazioni pecuniarie.

2. Sullo sfondo della questione esaminata, poi, la più o meno implicita consapevolezza che, in tale ambito, il debitore sia consapevole delle possibilità offerte dall'eventuale inadempimento in termini di redditività¹²⁸.

La evidenziata particolare attitudine del denaro consente, meglio che in ogni altra ipotesi, al debitore la costante comparazione tra il costo di un eventuale inadempimento e il beneficio che può derivare da un impiego alternativo della somma dovuta al creditore¹²⁹. Circostanza questa che, ben presente a quell'orientamento dottrinale che con maggior attenzione si è

¹²⁸ Consapevolezza bene evidenziata nella celeberrima Cass., Sez. Un., sent. 4 luglio 1979, n. 3776, in *Foro it.*, 1979, I, 1668, allorché si pose il problema di rivedere, nei termini che saranno in seguito esaminati, l'orientamento restrittivo in materia di prova del danno derivante da svalutazione monetaria: “Malgrado la validità della sua base positiva e scientifica e malgrado gli ampi ed autorevoli consensi dottrinari, tale indirizzo, applicato in epoca, come quella recente ed ancora attuale, in cui la svalutazione della moneta assume proporzioni notevoli che superano largamente il tasso dell'interesse legale ed in cui l'inflazione monetaria diventa talora uno strumento di politica economica volta a favorire le esportazioni, è parso tuttavia risolversi in un trattamento gravemente sperequativo a danno del creditore ed in un possibile incoraggiamento di debitori poco scrupolosi all'inadempimento e a maliziose resistenze giudiziarie, favorita essendo la posizione del debitore dalle obiettive gravi difficoltà in cui versa il creditore nell'osservanza dell'onere della prova”.

¹²⁹ In tal senso anche D. DE BENEDETTI, *Art. 1224, 2° comma, c.c.: una coperta troppo corta?*, in *Giur. it.*, 1993, 1, I, c. 1963, sottolinea la rilevanza di tale valutazione da parte del debitore al momento convenuto per il pagamento.

dedicato allo studio dell'analisi economica del diritto¹³⁰, si è tradotta nella consapevolezza di come il creditore ben possa trovarsi a finanziare, suo malgrado¹³¹, l'attività del debitore tutte le volte che quest'ultimo sia in grado di percepire dall'impiego della somma dovuta un rendimento maggiore rispetto a quanto sia tenuto a versare al creditore al fine di risarcire il danno¹³².

¹³⁰ In particolare si veda R. PARDOLESI, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*, in *Foro it.*, 1979, I, pp. 2622 e ss. e la ricca bibliografia ivi indicata.

¹³¹ Come sottolinea R. PARDOLESI, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*, cit., c. 2625, “la mora nei debiti pecuniari equivale, in punto di fatto, ad un prestito forzoso del creditore al debitore”.

¹³² Con ciò non si vuole affermare che il debitore si renderà inadempiente ogniqualvolta ciò gli costi meno che adempiere. È noto infatti come il più delle volte vi sia un interesse diretto del debitore ad adempiere, legato alla necessità mantenere una buona reputazione commerciale, ovvero a non interrompere proficui flussi commerciali e via discorrendo. Ciò che si intende sostenere è che, nella scelta tra l'adempire ed il non adempire, in ipotesi obbligazioni pecuniarie, nel periodo in cui si è avuto un basso costo dell'inadempimento – basso interesse legale e rigido onere probatorio in materia di maggior danno – si è manifestata una forte tendenza a procrastinare nel tempo il pagamento del debito assunto. Con tale precisazione, che la stessa analisi economica del diritto fa propria, nel momento in cui relativizza gli esiti della propria ricostruzione ad un mondo c.d. “senza attriti”, può condividersi l'assunto che il debitore, alla naturale scadenza dell'obbligazione, si trovi dinanzi alla libera scelta tra l'adempire ed il sopportare il costo di un eventuale inadempimento, ovvero, con le parole di R. PARDOLESI, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*, cit., c. 2624 “il debitore vaglierà due contrapposti ordini di fattori: ciò che di utile può derivargli dall'inadempimento a fronte di quanto sarà tenuto a corrispondere a

Si è avuto modo di verificare come l'inadempimento possa atteggiarsi quale modalità alternativa di estinzione dell'obbligazione¹³³. Compito dell'ordinamento è allora quello di apprestare una regola risarcitoria che renda l'utilizzo di tale facoltà poco appetibile¹³⁴; ciò, soprattutto, in ipotesi aventi ad oggetto rapporti di carattere imprenditoriale, nelle quali, spesso, l'inadempimento della singola obbligazione è in grado di spiegare i propri effetti negativi in chiave sociale, ripercuotendosi sull'intera collettività¹³⁵.

titolo di risarcimento". Sul punto si veda anche R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, in *Politica del diritto*, 1978, I, p. 699 e ss.

¹³³ Vedi *supra* Cap. 1, par. 10. Conforme sul punto R. PARDOLESI, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*, cit., c. 2425, in nota 19, il quale, nel criticare la presunta funzione sanzionatoria della responsabilità civile, precisa come questa non scoraggi l'inadempimento, avendo la funzione di porre il creditore, per effetto del rimedio risarcitorio "nella stessa posizione (o se si preferisce nella stessa curva di indifferenza) in cui si sarebbe trovato se la promessa fosse stata osservata".

¹³⁴ Nota sul punto R. PARDOLESI, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*, cit., pp. 2624 che "l'appetibilità dell'inadempimento è il fattore in base al quale il debitore pecuniario sceglie se stare o meno ai patti nel momento in cui la sua obbligazione viene a scadenza. Se ha liquidità valuterà se vi sono rendimenti più alti derivanti da altre operazioni. Se non ne ha verificherà quale sia il prezzo per procurarsi la somma necessaria".

¹³⁵ Si pensi al costo sociale che un inadempimento può avere tutte quelle volte in cui la mancanza di liquidità si traduca nel mancato rispetto, da parte del creditore, degli obblighi da questi assunti nei confronti di terzi (propri fornitori, dipendenti, finanziatori etc.). Si pensi, ancora, al costo sociale di un eventuale fallimento del creditore causato dalla, non infrequente, ipotesi di continui ritardi nel ricevere i pagamenti per forniture rese a terzi. L'inadempimento di una obbligazione pecuniaria, in particolare con riferimento ai rapporti tra

Funzione della responsabilità civile, per come tratteggiata dal codice del 1942, è l'esauritivo risarcimento del danno prodotto; ed è in tale prospettiva che dottrina e giurisprudenza ne hanno tratteggiato i caratteri¹³⁶.

3. L'art. 1277 impone al debitore di prestare, al momento del pagamento, la medesima quantità di *pezzi monetari* concordati al momento della costituzione del vincolo (principio nominalistico)¹³⁷. L'art. 1224 precisa però come tale prestazione non sia di per sé idonea ad estinguere l'obbligazione risarcitoria,

imprese, ha, come si avrà modo di approfondire in seguito, attitudini lesive che vanno ben oltre il singolo rapporto rimasto inadempito. Molto interessanti le considerazioni svolte in tema di "socializzazione" dei rischi da A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 276.

¹³⁶ Tale funzione, come rilevato da A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 265, è alla base dell'intera problematica della responsabilità civile, sia essa di natura contrattuale che extracontrattuale.

¹³⁷ Il principio può dirsi pacifico. Si veda, in particolare: Cass, S.U., 5 aprile 1986, n. 2368, la quale precisa che "il debito pecuniario si differenzia da ogni altro proprio perché ha ad oggetto una somma di denaro e il principio nominalistico vige per i pagamenti puntuali e per quelli tardivi, rendendo indifferente la prestazione pecuniaria alle vicende intercorrenti dalla sua genesi alla sua estinzione; ciò che direttamente risulta, del resto, dall'art. 1227, il quale, nell'attribuire alla moneta avente corso legale efficacia liberatoria secondo il suo valore nominale, fa riferimento al tempo del pagamento, non a quello della scadenza del debito". Numerosi contributi hanno evidenziato la natura e la funzione del principio nominalistico. Si noti come vi sia assoluta identità di vedute circa la conseguenza del principio, univocamente identificata nella assoluta irrilevanza delle oscillazioni del valore della moneta anche nel corso del periodo di ritardo qualificato. Si vedano, tra gli altri, B. INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 469; F. MASTROPAOLO, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., pp. 8 e ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 233; T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., pp. 94 e ss.

dovendo infatti il debitore provvedere al pagamento degli interessi al tasso legale, fatto salvo il risarcimento del maggior danno patito. Risarcimento del maggior danno che però resta escluso nell'ipotesi in cui le parti abbiano provveduto a liquidare convenzionalmente l'importo dell'interesse da ritardo nel pagamento. Regola, questa, che risponde alla fisiologica vicenda che si è visto prendere le mosse dall'inadempimento, qualora la originaria prestazione dovuta permanga possibile ed utile pur una volta scaduto il termine per l'adempimento. L'obbligazione pecuniaria è uno schema obbligatorio che si caratterizza in maniera particolare. La prestazione dovuta, infatti, permane sempre possibile, sicché questa rimarrà sempre dovuta dal debitore; tale prestazione, però, in virtù del principio nominalistico, mantiene *ex lege* la sua utilità sino al momento dell'effettivo pagamento, puntuale o ritardato che sia, sicché il creditore sarà tenuto ad accettare tale adempimento, fatta salva la dimostrazione che, *medio tempore*, il ritardato adempimento abbia prodotto un danno¹³⁸. Può dunque dirsi che, in chiave risarcitoria, le obbligazioni pecuniarie si distinguono da tutte le altre proprio perché non è concessa, al creditore, la scelta tra l'insistere o meno

¹³⁸ Ogniqualvolta il creditore, pur constatato il mancato puntuale adempimento della prestazione da parte del debitore, intenda comunque conseguire il bene oggetto dell'originaria prestazione dovuta, avrà l'onere di dimostrare che il ritardo con cui abbia conseguito tale bene ha prodotto un danno che impone di considerare non soddisfacente il solo adempimento, seppur conforme all'originario programma obbligatorio. Il tratto peculiare della fattispecie che si esamina, allora, deve essere ravvisato proprio nella mancanza di una alternativa di cui il creditore usualmente fruisce. Il creditore si vede costretto a considerare sempre utile l'adempimento della originaria somma di denaro, sicché ha sempre l'onere, ove tale adempimento sia in concreto non soddisfacente, di dimostrare che in conseguenza dell'adempimento tardivo si è prodotto un danno.

nella richiesta di adempimento dell'originaria prestazione. Tale caratteristica deve ritenersi il fondamento della disciplina che il Legislatore assegna al fenomeno considerato.

Pur vigendo il principio nominalistico, infatti, il debitore potrà liberarsi dal vincolo assunto solo ove versi una somma di denaro indicativa della prestazione originariamente dovuta, nonché dell'interesse al tasso legale e del pregiudizio arrecato al creditore nel lasso di tempo intercorrente dalla mora, intesa, come detto, quale accertata scadenza dell'obbligazione, e l'effettivo pagamento. Pregiudizio anch'esso consistente in una somma di denaro, che sarà chiamata, onde evitare duplicazioni risarcitorie in danno del debitore, a coprire l'eventuale divario esistente tra danno prodotto e prestazione dovuta, maggiorata degli interessi legali¹³⁹.

L'obbligazione di corrispondere interessi al tasso legale costituisce, secondo l'orientamento pressoché dominante, una

¹³⁹ La giurisprudenza, cfr. Cass, S.U., 1 dicembre 1989, n. 5299, in *Giust. Civ.*, 1990, I, 55, ha precisato come, qualora gli interessi legale “siano già stati liquidati o corrisposti”, il loro importo, costituendo una forma di parziale risarcimento, deve ritenersi assorbito e deve essere detratto dalla liquidazione del danno, accertato nella sua reale consistenza e nella sua globalità”. Circa la problematica dell'eventuale duplicazione delle poste risarcitorie, che si è posta in particolare nel rapporto tra rivoluzione ed interessi, si vedano, oltre le considerazioni che, al successivo par. 8, si è ritenuto di poter trarre dall'esame della disciplina, V. REBUFFAT, *Ipotesi di cumulabilità degli interessi moratori con la rivalutazione monetaria, nella liquidazione del maggior danno da mora nell'obbligazione pecuniaria*, in *Giust. Civ.*, 1990, I, p. 2116 e ss.; M. EROLI, *Tutti i creditori sono uguali, ma i “modesti consumatori” sono meno uguali degli altri!*, in *Giur. it.*, pp. 1280 e ss.; A DI MAJO, *Interessi e svalutazione tra risparmiatori e pensionati*, in *Foro it.*, 1990, I, 431 e ss. Da ultimo, A. DI MAJO, *Rivalutazione ed interessi tra diritto ed economia*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1331 riesamina ed assegna una sistemazione definitiva alla problematica segnalata.

sorta di forfezzazione legale del danno patito¹⁴⁰, del quale non si richiede la prova, valida sino a quando il creditore non si preoccupi di dimostrare il maggior pregiudizio subito¹⁴¹. Interesse

¹⁴⁰ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 134, secondo il quale sarebbe pacifica la funzione risarcitoria dell'interesse legale di cui all'art. 1224, il quale conterrebbe una sorta di liquidazione legale del danno. In giurisprudenza tale orientamento risulta univoco. Da ultimo, si veda Cass., 18 giugno 2004, n. 11415, in *Giust. civ. Mass.*, f. 6: "Nelle obbligazioni pecuniarie gli interessi moratori accordati al creditore dal comma 1 dell'art. 1224 c.c. hanno funzione risarcitoria, rappresentando il ristoro, in misura forfezzariamente predeterminata, della mancata disponibilità della somma dovuta". Conformi, tra le altre, Cass., 13 marzo 1995, n. 2898, in *Mass. Giust. Civ.*, 1995, p. 591; Cass., 3 febbraio 1995, n. 1307, *ivi*, 1995, p. 284; Cass., 7 maggio 1991, n. 5044, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, p. 380.

¹⁴¹ Come si avrà modo di verificare, l'art. 1224 riprende l'art. 1231 cod. abr., norma che limitava il risarcimento del danno da inadempimento di obbligazioni pecuniarie al solo interesse legale "salve le regole particolari al commercio, alla fideiussione e alla società", dal giorno della mora e senza alcun onere probatorio. Circa le ragioni che hanno indotto l'estensione del principio al di là delle ipotesi menzionate si veda la *Relazione al codice civile*, Roma, 1943, n. 555. Sul punto T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit. p. 561, ha evidenziato come l'art. 1224 abbia ripreso, generalizzandolo, tale principio, escludendo però "che il risarcimento sia limitato a detta misura, facendo invece salva la possibilità di un danno maggiore secondo le regole generali sul danno da inadempimento", con ciò omologando, nella disciplina risarcitoria, l'obbligazione pecuniaria a qualsiasi altra obbligazione. A. DI MAJO, *Interessi e svalutazione tra risparmiatori e pensionati*, in *Foro it.*, 1990, I, p. 432, ha individuato le difficoltà legate alla necessità di far coesistere le due regole previste dall'art. 1224, che assume essere in intimo disaccordo, individuando due opzioni interpretative: "a) o di un sistema coordinato, poggiante tanto sull'obbligazione di interessi come su quella risarcitoria (nei termini del "maggior danno"), con il risultato che entrambe (le obbligazioni) sarebbero destinate a coprire il danno globalmente

legale ed interesse convenzionale, in buona sostanza, assolverebbero alla medesima funzione, con l'unica differenza che, ove l'autonomia privata abbia avuto modo di disciplinare l'infausta ipotesi dell'inadempimento, resterebbe preclusa al creditore ogni ulteriore possibilità di richiedere alcunché.

Qualora, invece, il creditore non si fosse premunito di determinare convenzionalmente il danno patito, questi avrà l'onere, onde ottenerne il ristoro, di dimostrare che questo eccede il coacervo degli interessi liquidati al tasso legale. Prova la cui determinazione, come si avrà modo di verificare, ha impegnato per lungo tempo la migliore dottrina e giurisprudenza civilistica italiana.

Coeva a tale questione, è la concezione, che proprio di questa si è nutrita¹⁴², secondo cui l'obbligazione risarcitoria, trovi essa la sua fonte nell'inadempimento di un obbligo contrattuale, ovvero in un fatto illecito, è una obbligazione di valore¹⁴³ che

risentito dal creditore (e tenendosi, coerentemente, in tal caso a ribadire la natura risarcitoria dell'obbligazione di interessi) *b)* e/o di un sistema che patisce un'interna divaricazione, in quanto poggiante su due regole (diverse e) alternative, quella sulla produzione di interessi e quella sul risarcimento del danno, e venendo dunque ad usufruire il creditore della facoltà di scegliere tra il diritto agli interessi legali e il diritto al risarcimento del danno secondo le regole generali della responsabilità contrattuale". Secondo M. EROLI, *Tutti i creditori sono uguali ma i "modesti consumatori" sono meno uguali degli altri!*, in *Giur. it.*, 1990, I, I, p. 1281, si deve ritenere che "il creditore abbia la facoltà di scegliere tra il diritto agli interessi legali (art. 1224, 1° comma, c.c.) e il diritto al risarcimento dell'intero danno subito secondo le regole generali sulla responsabilità contrattuale (art. 1224, 2° comma, c.c.)".

¹⁴² In tal senso si è espresso G. VALCAVI, *Verso il tramonto dei crediti di valore*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2628.

¹⁴³ In tal senso, cfr. Cons. Stato, 6 ottobre 2003, n. 5820, in *Foro Amm. CDS*, 2003, p. 2914; Cass. 4 ottobre 1999, n. 11021, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, p. 2064; Cass., 27 luglio 1984, n. 4445, in *Sett. Giur.*, 1984, II, p.

1596. In dottrina si veda E. LECCESE, *Inadempimenti di obbligazioni pecuniarie e svalutazione monetaria: nuovi orientamenti nella ricostruzione della fattispecie pregiudizievole*, in *Rass. Dir. civ.*, 1983, p. 1139. Con l'espressione debito di valore si allude a quella particolare obbligazione pecuniaria nella quale la prestazione monetaria è determinata in relazione al potere di acquisto della moneta, piuttosto che al suo valore nominale. La genesi di tale categoria è dovuta ad autorevole dottrina che ebbe ad enuclearne i contorni agli inizi del secolo scorso. Il riferimento, ben noto all'interprete, è a T. ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928; ID., *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 170 e *passim*. La categoria, secondo l'interpretazione comune, come rileva B. INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 472, abbraccia "tutte quelle ipotesi in cui le dimensioni quantitative della prestazione sono delimitate in relazione ad un determinato potere d'acquisto e non in relazione ad unità di misura monetaria". Nella sua formulazione originale T. ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, cit., p. 181, identificava l'oggetto del debito nell'assicurazione di un determinato valore, la cui "espressione normale sarà una somma di valuta, come una somma di valuta sarà il suo normale mezzo di pagamento, ma che da detta somma rimarrà sempre distinto, sì che con un debito di valuta riesce impossibile confonderlo". Il medesimo Autore, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., pp. 442 e 450 e s. avrà poi modo di precisare come, pur rimanendo la dazione di pezzi di denaro l'oggetto del debito, la obbligazione di valore si distingue da quella di valuta in relazione alla circostanza che nella prima, a differenza della seconda, l'entità della prestazione monetaria viene stabilita in relazione ad un determinato potere d'acquisto. Tale categoria è stata, come detto, ampiamente recepita dalla giurisprudenza, la quale ne ha fatto il paradigma dell'obbligazione risarcitoria. Sul punto si veda A. PERRONE, *Tra adempimento dell'obbligazione pecuniaria e disciplina del debito risarcitorio: appunti critici intorno all'espressione "debito di valore"*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2000, I, p. 623, il quale criticamente osserva come la prassi giurisprudenziale abbia trasformato il debito di valore "da categoria di teoria generale dell'obbligazione pecuniaria in modello di liquidazione del danno patrimoniale". Critico sull'utilizzo della categoria è G. Valcavi, in nota a

mira al reale ed effettivo ristoro della sfera giuridica creditoria lesa¹⁴⁴.

4. L'interpretazione esaminata, per quanto pressoché generalizzata ed universalmente accolta, desta talune perplessità circa la natura e la funzione degli interessi accordati al creditore in virtù del disposto del primo comma dell'art. 1224. Il sistema, per come comunemente letto, si fonda sulla duplice considerazione che, da un lato, gli interessi legali moratori abbiano funzione risarcitoria e che, dall'altro e di conseguenza, questi costituiscano una sorta di quantificazione legalmente predeterminata del danno patito dal creditore¹⁴⁵. Entrambe le conclusioni meritano di essere approfondite.

Cass., S.U., 17 febbraio 1995, n. 1712, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1478 e s. A questa assegna invece un forte valore A. DI MAJO, *Rivalutazione ed interessi*, cit., p. 1333, la quale la intende quale strumento di tutela dei valori protetti dall'ordinamento. Si vedano, inoltre, le considerazioni di F. PETROLATI, *Per una revisione del debito di valore*, in *Arch. Civ.*, 1996, pp. 957 e ss.

¹⁴⁴ Per una esaustiva ricostruzione del modello in auge presso le Corti, può senz'altro farsi riferimento a Cass., S.U., 1 dicembre 1989, n. 5299, cit.

¹⁴⁵ Per un esame, anche recente, dell'opinione criticata, sia veda: Cass., 18 giugno 2004, n. 11415, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, f. 6: "Nelle obbligazioni pecuniarie gli interessi moratori accordati al creditore dal comma 1 dell'art. 1224 hanno funzione risarcitoria, rappresentando il ristoro, in misura forfetariamente predeterminata, della mancata disponibilità della somma dovuta. Pertanto, qualora, in relazione alla domanda del creditore di riconoscimento del maggior danno ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, si provveda alla integrale rivalutazione del credito, tale rivalutazione si sostituisce al danno presunto costituito dagli interessi legali ed è idonea, quale espressione del totale danno in concreto, a coprire l'intera area dei danni subiti dal creditore stesso fino alla data della liquidazione, con la conseguenza che solo da tale data spettano, sulla somma rivalutata, gli interessi,

Le perplessità sorgono sia in relazione alla necessità di verificare la previsione esaminata con riferimento al principio di naturale fecondità del denaro, che si vuole sancito all'art. 1282¹⁴⁶, sia alla evidente diversità di disciplina assegnata agli interessi moratori previsti dal secondo comma del medesimo art. 1224¹⁴⁷.

verificandosi altrimenti l'effetto che il creditore riceverebbe due volte la liquidazione dello stesso danno e conseguentemente più di quanto avrebbe ottenuto se la obbligazione fosse stata tempestivamente adempiuta”.

¹⁴⁶ In virtù del quale i crediti di denaro liquidi ed esigibili producono interessi di pieno diritto, alvo che la legge o il titolo abbiano altrimenti disposto. Il fondamento di tali interessi è stato individuato dal Legislatore nella esigenza di incrementare il credito e nell'utilità che il debitore ritrae dall'utilizzo del denaro (*Relazione al Re*, n. 594). In aderenza a tale funzione, infatti, l'interesse legale veniva disciplinato dal Legislatore del 1942 in relazione al livello dei tassi di interesse correnti sul mercato. Si veda sul punto, oltre la citata *Relazione al Re*, anche la *Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale*, n. 30. La funzione dell'interesse legale è stata richiamata da E. QUADRI, *La riforma del saggio degli interessi legali*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 259. Secondo F. MASTROPAOLO, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 21, tale considerazione deve però essere coordinata “con quella del pregiudizio economico risentito dal creditore per la mancata disponibilità del denaro, ripugnando all'ordinamento che alcuno possa trarre vantaggi da un pregiudizio altrui”. Tale considerazione, che appare volta ad introdurre profili risarcitori nella disciplina dell'interesse legale, pur contro la valutazione legislativa sottesa all'emanazione della norma, non pare condivisibile. Se, infatti, la produzione di interessi al tasso legale deve ritenersi un naturale accessorio del debito pecuniario, non si vede come sia possibile assegnare a tale obbligazione una funzione risarcitoria.

¹⁴⁷ La norma infatti prevede che solo in ipotesi di interesse moratorio convenzionale si debba escludere l'integrale e reale risarcimento della situazione soggettiva lesa in conseguenza dell'inadempimento.

Se fonte dell'obbligazione di corrispondere interessi è nella legge, statuisce quest'ultima norma, ciò lascia impregiudicata la questione del risarcimento del danno, da risolvere assolvendo a quel particolare onere probatorio che si avrà modo di esaminare. Se, al contrario, tale obbligazione trova fonte nell'atto di autonomia privata, questo preclude, il dettato normativo è univoco, la possibilità di azionare qualsivoglia diversa pretesa risarcitoria¹⁴⁸.

L'interesse moratorio, in sostanza, gode di diversa disciplina a seconda che sia determinato quantitativamente dalla legge, ovvero dalle parti. L'opinione comune, si è visto, sostiene l'unitarietà del fenomeno, assegnando ad entrambe le categorie - interesse moratorio legale ed interesse moratorio convenzionale - la medesima funzione risarcitoria. Tale considerazione, però, appare per lo più dettata dalla necessità di evitare che, assegnata una diversa funzione all'interesse legale, si vengano a produrre esiti insoddisfacenti in chiave risarcitoria¹⁴⁹. Se all'interesse legale si assegna funzione risarcitoria, si risolve il problema del cumulo

¹⁴⁸ Solo, però, nell'ipotesi che l'interesse convenzionale sia stato sin dall'inizio indicato come risarcitorio. Qualora le parti abbiano disciplinato l'interesse senza specificarne la funzione risarcitoria, resta sempre aperta al creditore la prova di aver subito il c.d. maggior danno. L'impostazione prescelta risulta pressoché pacifica. Per una indicazione autorevole nel senso prescelto, si veda T. ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 564, secondo il quale, se la previsione pattizia di un interesse moratorio appare funzionalmente omogenea alla predisposizione di una clausola penale, la previsione privata di interessi corrispettivi non esclude il diritto del creditore a chiedere il risarcimento del danno: "appunto perché manca, in detta ipotesi, una diretta determinazione (che potrebbe anzi - ciò che torna a chiarire la differenza tra le due ipotesi - aver luogo in misura inferiore alla legale) degli interessi pel periodo di mora".

¹⁴⁹ Esplicita in tal senso Cass, S.U., 1 dicembre 1989, n. 5299, cit., p. 55

fra interessi e rivalutazione, giustamente sentito come iniquo da parte della giurisprudenza. A tale conclusione, però, può giungersi anche assegnando all'interesse legale una funzione che, seppur moratoria, ovvero destinata ad operare una volta scaduto il termine dell'obbligazione, non sia risarcitoria nel senso esaminato.

Ove all'interesse legale, ex art. 1224 comma primo, si dovesse necessariamente assegnare funzione risarcitoria, ciò dovrebbe a rigore implicare che la corresponsione di tale somma non sia dovuta, tutte quelle volte in cui il debitore dimostri che l'inadempimento non ha prodotto alcun danno¹⁵⁰. Conclusione, questa, cui l'interpretazione criticata non pare pervenire. L'orientamento esaminato, allorché afferma la irrilevanza della prova di un danno, quale elemento costitutivo della fattispecie produttiva di interessi al tasso legale, implicitamente ammette che

¹⁵⁰ M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 101, conferma come, nell'interpretazione tradizionale, l'attribuzione degli interessi legali prescinda del tutto dal danno concretamente verificatosi. La giurisprudenza è univoca nell'assegnare al creditore il diritto agli interessi legali a prescindere da una puntuale verifica della sussistenza di un danno. Tra le altre, si può esaminare, a conforto dell'assunto riportato Cass., 21 aprile 1999, n. 3944, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p.895. Si noti, peraltro, come tale sentenza ponga una relazione tra art. 1282 e 1224, secondo comma, che può essere utile approfondire: “Gli interessi corrispettivi sui crediti liquidi ed esigibili hanno, ai sensi dell’art. 1282 c.c., natura accessoria rispetto al credito vantato, sicché la relativa statuizione (diversamente da quella riguardante il maggior danno ex art. 1224 c.c.) non presuppone un’indagine autonoma rispetto a quella relativa al credito stesso”. Ne discende che tale indagine non è necessaria nemmeno per l’obbligazione prevista al primo comma dell’art. 1224. Tale diversa disciplina riposa, può forse essere correttamente ritenuto, sulla assimilabilità funzionale tra i due interessi previsti agli artt. 1282 e 1224 comma 1. Ove si assegni all’interesse legale moratorio la medesima funzione dell’obbligazione risarcitoria risulta difficile spiegare la differenza disciplinare che si è evidenziata.

non è il danno la causa che giustifica gli interessi ex art. 1224 comma 1¹⁵¹. Ove anche poi si accordasse al debitore la possibilità di provare l'assenza di un danno, per esimersi dal corrispondere gli interessi al tasso legale sulle somme dovute, ed ove anche il debitore assolva tale onere probatorio, non risulterebbe difficile per il creditore chiedere la corresponsione della medesima somma invocando il principio che, all'art. 1282, prevede che una obbligazione certa e scaduta produca interessi al tasso legale¹⁵².

¹⁵¹ Ed infatti M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 101, precisa come ammettere l'irrelevanza del danno quale momento valutativo della fattispecie equivalga a dire "che il 'danno' non costituisce causa giustificativa essenziale dell'attribuzione degli interessi ex art. 1224". Se, in ipotesi, la norma dovesse essere intesa in chiave risarcitoria, questa potrebbe, al massimo, implicare una inversione dell'onere della prova, obbligando il debitore a provare che il ritardo non abbia prodotto alcun danno.

¹⁵² Le considerazioni espresse si muovono nel solco di quanto ha già avuto modo di rilevare M. LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. dir.*, 1972, XXII, pp. 101 e s. Sul punto M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit. p. 154, afferma che: "Il terreno su cui opera l'art. 1282 è, quindi, perfettamente corrispondente a quello dell'art. 1224, che attribuisce gli interessi legali 'dal giorno della mora'. Deve anzi affermarsi che anche qui la legge considera la nascita del diritto agli interessi come conseguenza automatica del ritardo, in quanto anche qui prescinde del tutto dalla prova del danno. Se fosse consentito di approfondire il fondamento della c.d. liquidazione forfetaria del danno prevista dalla vecchia norma dell'art. 1224, si andrebbe quasi certamente a sboccare su di un terreno assai vicino a quello da cui è sorto l'art. 1282: la liquidazione forfetaria 'anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno' dà certo l'idea che il legislatore considera la mancata disponibilità del denaro come, di per sé, uno svantaggio per il creditore per le medesime ragioni economiche che hanno ispirato l'art. 1282". Le considerazioni svolte dall'Autore appaiono condivisibili circa la assimilabilità funzionale tra le due norme esaminate. Ove però si affermi l'estraneità della produzione di un danno nella fattispecie costitutiva dell'obbligo di prestare interessi

L'interpretazione tradizionalmente accolta ha percepito l'esistenza di una differenza funzionale tra interesse legale e risarcimento del danno, avendo più volte affermato come solo il secondo comma dell'art. 1224 abbia ad oggetto la disciplina dell'obbligazione risarcitoria¹⁵³. L'obbligazione pecuniaria, in virtù del primo comma della norma esaminata, godrebbe di una disciplina speciale, destinata a cedere solo qualora il creditore decida di utilizzare l'ordinaria disciplina dell'inadempimento, che troverebbe ingresso nella teoria delle obbligazioni pecuniarie grazie alla previsione del secondo comma, relativa al cosiddetto maggior danno¹⁵⁴. Appare maggiormente aderente al dato

sulla somma dovuta, parrebbe maggiormente aderente con la premessa posta concludere che le norme in esame non si muovono in una ottica risarcitoria. Posta la valenza del principio nominalistico, le due disposizioni sembrano orientate in una ottica remuneratoria volta a compensare il creditore del ritardo con cui riceve la prestazione dovuta.

¹⁵³ Sul rapporto tra principio nominalistico e risarcimento del danno ha giustamente rilevato E. QUADRI, *Danno e risarcimento nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 974, come l'art. 1224 sia stato sempre interpretato come se importasse naturalmente una situazione di conflitto con l'art. 1277. B. INZITARI, *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 1162 e s., ritiene che il problema di fondo da analizzare sia quello della definizione e della valutazione dei danni che eccedono l'interesse legale, ovvero l'interpretazione del secondo comma dell'art. 1224. Al contrario, pare corretto ritenere che il problema da risolvere sia, complessivamente, quello della definizione e valutazione del danno patito dal creditore, che non coincide né con la prestazione dovuta, né con gli accessori di questa.

¹⁵⁴ L'art. 1224, secondo l'orientamento tradizionale, dovrebbe essere letto nel senso che vi sarebbero due regole, alternative, poste al fine di disciplinare il risarcimento del danno derivante da inadempimento delle obbligazioni pecuniarie. La prima, di carattere speciale, secondo la quale al creditore pecuniario spetta "innanzitutto ed in ogni caso" un

normativo affermare che la problematica del risarcimento del danno debba essere letta unitariamente, e che l'unica deroga alle regole generali sia quella che, alla luce del principio nominalistico, impone al creditore di agire in via risarcitoria sempre e solo per l'adempimento dell'originaria prestazione dovuta, alla quale può aggiungersi una ulteriore somma solo ove dimostri concretamente che l'inadempimento abbia prodotto un danno¹⁵⁵.

Solo tale impostazione spiegherebbe, sia la differenza di trattamento tra interesse moratorio legale ed interesse moratorio convenzionale, sia come sia possibile affermare che gli interessi

indennizzo forfetario del danno presunto nella misura degli interessi legali, "indipendentemente dall'esistenza" del danno. Ove poi il creditore dimostri di aver patito un danno maggiore, avrebbe diritto all'ulteriore risarcimento, a patto di non aver convenuto la misura degli interessi moratori. Per i riferimenti, si veda Cass., S.U., 1 dicembre 1989, n. 5299, in *Giur. it.*, 1990, p. 577, con nota redazionale di P. De Marzo.

¹⁵⁵ La lettura proposta consente di pervenire al medesimo risultato cui perviene l'orientamento tradizionale circa la corretta enucleazione delle poste risarcitorie coinvolte, evitando, però, di assegnare all'interesse legale una funzione che non gli è propria. La corretta enucleazione della dimensione funzionale dell'interesse moratorio legale previsto dal codice non risponde, però, ad un mero esercizio ermeneutico, in quanto si pone quale presupposto necessario al fine di identificare la natura e la funzione dell'interesse legale che il Legislatore ha predisposto per l'inadempimento delle obbligazioni che vedono coinvolte situazioni soggettive i cui titolari rivestono qualifiche commerciali. In tale chiave, affermare che nella norma esaminata l'interesse legale non è chiamato a svolgere alcuna funzione di carattere risarcitorio, varrà ad identificare l'ambito di applicazione delle norme previste dalla legislazione speciale. In ossequio a quel metodo interpretativo che individua nella enucleazione della *ratio* il momento qualificante della opera esegetica dell'interprete.

moratori verrebbero ad assorbire gli interessi corrispettivi, che eventualmente già decorrevano in virtù dell'art. 1282¹⁵⁶.

5. La genesi della problematica esaminata è, come sempre accade allorché si debba interpretare un testo legislativo, nell'esame della *ratio* che ha condotto a quella particolare disciplina del potenziale conflitto di interessi che la norma intende comporre.

Numerose disposizioni prevedono ed impongono l'adempimento dell'obbligazione di corrispondere interessi. Tra queste, con particolare riferimento alla materia trattata, spiccano gli artt. 1282 e 1224. Deve ritenersi che la corretta comprensione del rapporto intercorrente tra le due norme ponga le premesse dell'intera disciplina della responsabilità in materia di obbligazioni pecuniarie.

Come noto, le due norme hanno origini storiche del tutto diverse¹⁵⁷.

¹⁵⁶ M. LIBERTINI, cit., pp. 100 e s. indica infatti una delle incongruenze dell'orientamento tradizionale nella mancata spiegazione del fenomeno per cui l'interesse legale corrispettivo si tramuterebbe in risarcimento del danno una volta scaduto il termine per l'adempimento.

¹⁵⁷ La necessità di ripercorrere la genesi delle due norme, al fine di enuclearne la *ratio* ed attualizzarne il contenuto in relazione al sistema dettato dal Legislatore del 1942, risponde alla volontà di rispettare il metodo interpretativo tracciato da E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; Id., *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Milano, 1955.; ID, *L'interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Jus*, 1959, p. 198 e s. L'impostazione ermeneutica in esame risulta peraltro confermata anche da M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit. p. 134, il quale premette alla propria analisi una compiuta verifica della genesi storica delle norme in discorso. L'esatta rilevazione della *ratio* della disposizione risulta peraltro fondamentale al fine di verificarne il significato all'interno del complessivo sistema all'interno del quale questa è chiamata ad agire. Sul punto si veda P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il brocardo in claris*

L'art. 1224 si inserisce nel solco di quella tradizionale regola che, pur in presenza di un netto disfavore, da parte dell'ordinamento, nei confronti delle *usurae*, ammetteva la corresponsione degli interessi, a condizione che vi fosse la effettiva prova di un danno patito dal creditore¹⁵⁸. Principio del tutto eccezionale¹⁵⁹ destinato, nel corso del tempo, a mutare

non fit interpretatio, *il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi I*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 991 ss. il quale, con esattezza, rileva che "l'interpretazione di qualsiasi disposizione legislativa non può che essere sistematica, volta cioè ad una sua lettura nel sistema odierno".

¹⁵⁸ Il riferimento, ben noto allo studioso della materia, è all'art. 1231 codice abrogato, il quale a sua volta derivava dall'art. 1153 del codice civile francese. Sul punto, essenziale la ricostruzione offerta da M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., pp. 98 e ss., nonché l'esame della bibliografia ivi indicata. Come nota anche quest'ultimo Autore, l'art. 1224 nasce come forma di risarcimento del danno attuato in forma forfetaria: in un sistema nel quale la produzione di interessi deve dirsi eccezionale, la regola esaminata costituiva una deroga, con una evidente regione risarcitoria. L'aver accolto un principio diametralmente opposto all'art. 1282, impone che la norma venga ad assumere una diversa funzione.

¹⁵⁹ Originariamente, infatti, la norma esaminata utilizzava la quantificazione legale dell'interesse in chiave esplicitamente risarcitoria, in quanto indicava in tale soglia il limite massimo del risarcimento del danno. Sul punto, riferisce M. EROLI, *Nominalismo e risarcimento nei debiti di valuta*, che la *ratio* originaria della norma "consisteva quindi nell'accordare al creditore che aveva subito la mora del debitore la possibilità di godere del più alto saggio di interesse che allora era consentito stipulare attraverso le libere contrattazioni". Come rileva anche A. DI MAJO, *Svalutazione monetaria e risarcimento del danno (un passo avanti e due indietro...)*, cit., p. 774, il ruolo originario dell'art. 1224 era quello di tenere indenne il creditore del pregiudizio subito per il mancato pagamento delle somme dovute. Il medesimo Autore precisa poi come tale funzione "oggi più non è tale dato che il tasso degli interessi moratori è quello legale". A tale considerazione può forse

radicalmente, via via che andava affermandosi, nelle codificazioni continentali, la immediata nascita dell'obbligazione di corrispondere interessi al tasso legale dal momento dell'intimazione, prima¹⁶⁰, e la risarcibilità del danno ulteriore, poi¹⁶¹.

L'art. 1282, al contrario, riproduce ed estende a tutte le obbligazioni civili la regola sancita dall'art. 41 cod. comm. abr., in virtù della quale gli interessi sui crediti commerciali pecuniari liquidi ed esigibili decorrono indipendentemente dalla costituzione in mora¹⁶². Regola che, se inizialmente veniva interpretata quale mera semplificazione, necessaria in materia di rapporti commerciali, fu in seguito interpretata nel senso che l'interesse ivi previsto, qualificato corrispettivo, avesse una funzione diversa da quello dettato in materia civile.

Autorevole dottrina ha sostenuto che tale convinzione abbia poi indotto il Legislatore del 1942 a non tradurre la disciplina

aggiungersi questa ulteriore. Ciò che deve indurre ad ipotizzare una diversa funzione dell'interesse moratorio non è tanto la circostanza che questo sia ancorato al saggio legale, quanto quella che la corresponsione di tale interesse è stata estesa a tutte le obbligazioni a prescindere non solo dalla ricorrenza di un danno, ma anche dalla presenza di un inadempimento.

¹⁶⁰ Il riferimento è all'art. 1153 del codice Napoleone, che faceva decorrere gli interessi a far data dalla domanda giudiziale, senza onere della prova del danno, ma escludendo ulteriori risarcimenti, innovato dall'art. 1231 del Codice del 1865, che faceva decorrere l'interesse dal giorno della costituzione in mora, a prescindere dalla domanda giudiziale.

¹⁶¹ Il riferimento, questa volta, è al § 288 BGB, modello cui si è poi ispirato il codificatore italiano del 1942 nel redigere il secondo comma dell'art. 1224.

¹⁶² La considerazione condivisa è ripresa da M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 99.

degli interessi in un unico disposto normativo¹⁶³. Dottrina e giurisprudenza, per lo più unanimi, hanno però seguito il solco di tale distinzione, che, nella assoluta totalità dei casi si risolve nella mera affermazione di una differenza tra interessi corrispettivi e moratori che, però, non trova giustificazione sul piano funzionale.

Ciò con maggior evidenza in virtù di quanto disposto dall'art. 1182, che vuole che nella normalità dei casi l'obbligazione pecuniaria si adempia presso il domicilio del creditore, e che, conseguentemente, la mora, come si è già avuto modo di evidenziare, sia automatica¹⁶⁴.

Parrebbe che la categorizzazione, sorta dall'esame di un dato strutturale, legato alla necessità, o meno, di una formale intimazione ad adempiere¹⁶⁵, abbia poi assunto il carattere di una

¹⁶³ In tal senso si è espresso M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 100. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit. p. 155, che conclude assimilando le due norme in una unitaria funzione risarcitoria, ha affermato come sia addirittura strano che il legislatore del 1942 non si sia accorto della oggettiva interazione che si pone tra le due norme esaminate.

¹⁶⁴ Il rilievo esaminato è stato elaborato da M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit. p. 163, il quale, pur associando le due previsioni esaminate, sotto il profilo funzionale, assumeva che la funzione dell'interesse legale fosse in ogni caso risarcitoria.

¹⁶⁵ In effetti il diverso ambito operativo delle due norme era legato alla funzione della costituzione in mora quale surrogato della colpa del debitore, legandosi quindi alla necessità che il debitore fosse sempre costituito in mora mediante intimazione scritta, affinché potesse sorgere l'obbligazione di corrispondere interessi. Il Legislatore del '42 ha accolto, da un lato, il principio della generale automaticità della mora in ipotesi di obbligazioni pecuniarie e, dall'altro, il principio della generale fecondità dei debiti pecuniari certi e scaduti. L'interprete non può non trarre alcuna conclusione dal complessivo ambito normativo nel quale l'interesse legale è stato chiamato ad operare dai compilatori del codice. Si veda, in relazione a tale specifico problema, M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit. p. 145 e *passim*.

separazione funzionale, pur in mancanza di una vera e propria diversità di funzione¹⁶⁶.

6. Il principio nominalistico, sancito dall'art. 1277, costituisce una parziale deroga alla regola comune, posto che, implicitamente, ammette che la prestazione dovuta, pur correttamente eseguita, non soddisfi integralmente l'interesse creditorio, in conseguenza di una intervenuta depauperizzazione del valore della moneta. La norma fissa il principio in base al quale, tempestivo o tardivo che sia, l'adempimento ha ad oggetto la medesima somma originariamente dovuta.

Il denaro, però, si caratterizza per la sua innata attitudine a produrre utilità, una volta posto in circolazione¹⁶⁷; privarsene per

¹⁶⁶ In un sistema nel quale la decorrenza degli interessi legali costituisca una ipotesi eccezionale, alle due norme che si esaminano è possibile assegnare un diverso ambito operativo. Ed infatti le due norme erano inizialmente chiamate ad assolvere due diverse funzioni, quali quella di assicurare la corresponsione degli interessi o a titolo di corrispettivo, in particolare rapporti obbligatori, ovvero, in ipotesi di inadempimento, a titolo di risarcimento del danno. Ma si trattava di due ipotesi specifiche che andavano a confermare la regola generale, in relazione alla quale il debito pecuniario era considerato improduttivo di interessi. In un sistema quale quello predisposto dal Legislatore del '42, invece, che prevede che tutte le obbligazioni venute a scadenza producano interessi, la corresponsione di questi, essendo fisiologica, non può mai avere di per sé natura risarcitoria. Critici circa la possibilità di assegnare una diversa funzione alle due norme M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 104, e M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., *passim*. *Contra* A. DI MAJO, *Interessi e svalutazione tra risparmiatori e pensionati*, in *Foro it.*, 1990, I, 432, il quale ritiene che l'art. 1224 abbia mantenuto l'originaria funzione, introducendo al solo secondo comma la possibilità di esaminare l'obbligazione inadempita secondo la disciplina generale del risarcimento del danno.

¹⁶⁷ Si è più volte fatto riferimento alla particolare natura del bene denaro. Circa la sua utilità in chiave circolatoria vi è assoluta identità di

un dato lasso di tempo ha dunque un costo, che viene normalmente individuato in un interesse, corrispettivo, che ha la funzione di prezzo per il differimento nel tempo del pagamento¹⁶⁸. Ciò implica che, qualora il credito sia liquido ed esigibile, questo produrrà interessi al tasso legale, salva diversa convenzione delle parti (art. 1282). Restano esclusi dalla previsione i crediti illiquidi¹⁶⁹, ovvero non ancora scaduti, ovvero ancora quelli convenzionalmente infruttiferi.

Vi è però che, come si è avuto modo di verificare, l'inadempimento può essere tradotto in una situazione di fatto consistente in una sorta di prestito forzoso a carico del creditore ed in favore del debitore. Dall'inadempimento, inoltre, prende le mosse una complessa vicenda di carattere novativo, in virtù della quale se, da un lato, l'originaria obbligazione si estingue, contestualmente ne sorge una nuova, il cui oggetto si qualifica in relazione all'obbligo rimasto ineseguito.

vedute, così come nella conclusione, che da tale particolare attitudine discende, circa la necessità che questa sia valutata in chiave risarcitoria tutte le volte che il pagamento del dovuto avvenga con ritardo rispetto al termine convenuto.

¹⁶⁸ R. PARDOLESI, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*, cit., c. 2623, ritiene condivisibile definire l'interesse come prezzo corrisposto a chi presta un capitale monetario, giustificato dal fatto che chi si priva di una somma di denaro per darla ad un terzo rinuncia alla possibilità di soddisfare bisogni presente, mentre chi riceve il prestito ha la possibilità di soddisfare propri bisogni attuali. L'opinione esaminata, che si è ritenuto di far propria, risulta peraltro in linea con la voce redazionale *Interesse*, in *Enciclopedia della Banca e della borsa*, 1971, VI, p.355.

¹⁶⁹ Per i quali soccorre la previsione di cui all'art. 1224, consentendo anche per essi la decorrenza a far data dalla mora. In tal senso M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 16°, il quale precisa come debba ritenersi superato, alla luce del codice del 1942, il risalente principio riassunto dal brocardo "*in illiquidis non fit mora*".

Scaduto il debito pare residuale, in relazione al combinato disposto degli artt. 1182 e 1219, secondo comma, n. 3, la presenza di un lasso di tempo nel corso del quale l'obbligazione pecuniaria non produca interessi al tasso legale¹⁷⁰. E dunque nella normalità dei casi, di scarsa utilità sarebbe sancire la produzione dell'interesse legale in ipotesi di inadempimento, posta la sua assoluta coincidenza con la semplice scadenza dell'obbligazione. Fanno eccezione le ipotesi in cui l'obbligazione pecuniaria sia convenzionalmente disciplinata come infruttifera, ovvero in cui, eccezionalmente, sia necessaria una formale intimazione al fine di assumere accertata la scadenza dell'obbligazione.

In ogni caso, accertata la scadenza dell'obbligazione di pagamento, la somma dovuta produce interessi al tasso legale, in virtù di quanto statuito dall'art. 1282, ove necessario reso operativo *ex lege* mediante il richiamo che l'art. 1224 ne fa al primo comma¹⁷¹.

¹⁷⁰ Come autorevolmente affermato da M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 162, la rilevanza della mancata intimazione formale ad adempiere, e dunque di una formale costituzione in mora, deve dirsi del tutto residuale nel sistema predisposto dal Legislatore del '42, "ove si pensi che per l'art. 1219 n. 3, in correlazione con l'art. 1182 3° comma (che costituisce una innovazione del nuovo codice), la costituzione in mora nelle obbligazioni pecuniarie è necessaria solo eccezionalmente".

¹⁷¹ *Contra* M. EROLI, *Nominalismo e risarcimento nei debiti di valuta*, in *Giur. it.*, 1986, 1, I, p. 1392, il quale afferma che gli interessi moratori si sostituiscono a quelli corrispettivi, avendo funzione risarcitoria, e devono essere chiesti in quanto costituiscono una obbligazione diversa da quella originariamente dovuta. L'iter argomentativo non appare però convincente per diversi, concordanti, motivazioni. Al di là della contrarietà al dato normativo, che impone l'obbligo di corrispondere interessi al tasso legale non in virtù di una specifica richiesta ma quale semplice conseguenza della scadenza del termine (art. 1282) – e non vi è dubbio che un debito pecuniario inadempito sia certo liquido ed

Il debitore inadempiente però non estinguerà il rapporto mediante il versamento della somma dovuta, produttiva di interessi al tasso legale *ab origine*, ovvero dalla scadenza dell'obbligazione. Ciò in quanto l'inadempimento implica, ex art. 1218, l'obbligo di risarcire il danno¹⁷². Il principio nominalistico ed il principio della naturale produttività del denaro, letti complessivamente¹⁷³,

esigibile –, l'opinione esaminata potrebbe condurre all'esito, paradossale, che un debito produttivo di interessi legali cesserebbe di produrne in quanto rimasto inadempito alla sua scadenza naturale. Deve ritenersi che nulla possa impedire al creditore di agire per il pagamento della somma dovuta, oltre interessi al tasso legale dalla data della mora - peraltro automatica nella normalità dei casi – al saldo, pur in assenza di qualsivoglia specifica precedente richiesta.

¹⁷² Sembra ricostruire la fattispecie nei medesimi termini anche V. REBUFFAT, *Ipotesi di cumulabilità degli interessi moratori con la rivalutazione monetaria, nella liquidazione del maggior danno da mora nell'obbligazione pecuniaria*, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2117, la quale riconduce l'ipotesi esaminata nell'alveo di quelle ipotesi in cui l'inadempimento sia "relativo o reversibile".

¹⁷³ Deve infatti ritenersi che i due principi interagiscano tra loro. Se, da un lato, il Legislatore tiene ferma sino al momento del pagamento l'utilità della somma di denaro dovuta, dall'altro precisa e, può ritenersi, giustifica, tale persistenza sulla scorta dell'ulteriore principio che tale somma è produttiva di interessi. Il nominalismo e la fecondità del denaro si giustificano vicendevolmente, l'uno trova la propria giustificazione normativa nell'altro: l'adempimento con una somma identica all'originaria, pur diminuita di valore, può dirsi soddisfattiva in quanto tale somma produce interessi al tasso legale. La somma di denaro, a sua volta, produce sempre interessi al tasso legale perché è una quantità, fissa ed invariabile, di un bene particolare, che si caratterizza per la propria generalissima attitudine allo scambio. L'interesse legale non può svolgere altra funzione che quella di corrispettivo per la privazione di una somma di denaro per un determinato lasso di tempo.

inducono a preferire una lettura unitaria del fenomeno dell'interesse legale, che non implica alcuna deroga ai principi generali che sono stati evidenziati nel corso del primo capitolo.

L'art. 1224, che ribadisce in materia di obbligazioni pecuniarie la disciplina generale dell'inadempimento delle obbligazioni¹⁷⁴, al primo comma afferma come l'originaria prestazione continui ad essere dovuta, in quanto *ex lege* considerata ancora possibile ed utile. Il pagamento di tale somma, mutevole¹⁷⁵ in quanto "naturalmente produce"¹⁷⁶ interessi al tasso legale, non esaurisce, però, l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria, così come, verificatosi l'inadempimento, la consegna del bene

¹⁷⁴ Si concorda con quanto rilevato da E. QUADRI, *Danno e risarcimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Giur. it.*, 1979, I, p. 976, secondo il quale l'art. 1224 non costituisce, in realtà, né 'deroga' al principio nominalistico, né 'eccezione' ai principi in tema di risarcimento, "ma ha piuttosto la funzione di indicare con certezza i confini del primo, facendo esatta applicazione dei secondi".

¹⁷⁵ Dovendo essere condiviso quanto precisato da V. REBUFFAT, *Ipotesi di cumulabilità degli interessi moratori con la rivalutazione monetaria, nella liquidazione del maggior danno da mora nell'obbligazione pecuniaria*, cit., I, p. 2119, secondo la quale: "Sebbene nel nostro ordinamento viga il principio nominalistico, in base all'art. 1282, comma 1, c.c. i 'crediti liquidi ed esigibili di somma di denaro producono interessi di pieno diritto'. Pertanto il credito pecuniario, e quindi la somma di denaro che ne costituisce l'oggetto, non sono bloccati ma in continua espansione, sono una quantità monetaria che aumenta naturalmente. L'interesse corrispettivo non ha funzione risarcitoria ma esprime (parte del contenuto stesso de) la prestazione originaria che è sempre in via di maggiore lievitazione".

¹⁷⁶ Sul punto possono condividersi i rilievi elaborati da Cass., 7 gennaio 1983, n. 123, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 768 secondo la quale "la obbligazione di interessi è accessoria alla principale e non ha natura risarcitoria", costituendo questi il frutto civile del denaro da corrispondersi al creditore a prescindere dall'esistenza di un danno.

originariamente dovuto non estingue qualsivoglia altro rapporto obbligatorio risarcitorio¹⁷⁷.

In ciò si esprime l'esigenza di equilibrio sottesa alla complessiva estinzione del rapporto a seguito dell'adempimento, spontaneo o coattivo, dell'obbligazione risarcitoria. Il pagamento della somma dovuta, maggiorata degli interessi legali, non è adempimento integrale dell'obbligazione risarcitoria così come non lo è la sola consegna tardiva di una merce, ovvero la stipula, ancorché volontaria ma comunque tardiva, di un contratto definitivo in ritardo rispetto al termine concordato in sede di preliminare, in tutte quelle ipotesi, cioè, in cui la prestazione originariamente dovuta permanga possibile ed utile per il creditore¹⁷⁸. Senza che sia possibile confondere le diverse poste

¹⁷⁷ L'effetto diretto dell'applicazione del principio nominalistico sta proprio nella persistente utilità che l'ordinamento assegna alla prestazione di denaro, pur nella ipotesi in cui la somma dovuta abbia perso, in tutto o in parte, il proprio valore. La somma originariamente dovuta continua a costituire contenuto anche della prestazione che il debitore deve eseguire in via risarcitoria. Tale somma produce interessi al tasso legale in linea con le previsioni di cui agli artt. 1282 e 1224. Il pagamento della somma dovuta e dell'interesse al tasso legale sostituiscono ancora il solo adempimento della prestazione originaria.

¹⁷⁸ Se è vero, come sostenuto, tra gli altri, da E. QUADRI, *Danni nelle obbligazioni pecuniarie: la via delle sezioni unite all'“ulteriore risarcimento”*, in *Foro it.*, 1979, I, c. 3039, che il primo comma dell'art. 1224 si fonda, storicamente, sull'esigenza di standardizzare le conseguenze pregiudizievoli del ritardo, è altresì innegabile che l'estensione generalizzata dall'interesse legale a tutte le obbligazioni pecuniarie, senza alcun riferimento alla necessità di un inadempimento, modifichi tale funzione. Se si accoglie il principio che l'obbligazione di versare interessi costituisca il naturale accessorio di qualsivoglia debito pecuniario, ciò deve indurre a respingere l'accoglimento della tradizionale funzione di risarcimento forfetario del danno che si assegna all'interesse moratorio. L'interesse legale, per il combinato

risarcitorie rappresentate dalla unitaria somma di denaro che il debitore verserà per estinguere il rapporto. Le componenti di questa, infatti, ben possono essere distinte dal punto di vista giuridico, consentendo una ricostruzione differenziata della loro fonte¹⁷⁹.

L'interesse legale previsto dal primo comma dell'art. 1224, sostanziandosi in null'altro, se non nella prestazione che il debitore deve in virtù del combinato disposto degli art. 1277 e 1282, non pare essere una forfetizzazione del danno patito dal creditore. Chiarita la complessiva vicenda cui dà luogo l'inadempimento, esso appare nulla più che il prezzo legalmente

disposto degli artt. 1182, 1219, 1282 e 1224 comma primo, viene a svolgere sempre la medesima funzione di prezzo, legalmente predeterminato e modificabile dalle parti, per il differimento nel tempo dell'adempimento del debito pecuniario. Il richiamo svolto al primo comma dell'art. 1224 deve essere inteso quale richiamo alla necessità che l'originaria prestazione ed i suoi accessori vengano versati dal debitore in ritardo, fatta salva l'ulteriore somma da versarsi quale risarcimento del danno procurato al creditore in conseguenza del ritardo. Pare condividere l'impostazione prescelta anche V. REBUFFAT, *Ipotesi di cumulabilità degli interessi moratori con la rivalutazione monetaria, nella liquidazione del maggior danno da mora nell'obbligazione pecuniaria*, cit., p. 2117 e *passim*.

¹⁷⁹ E così, pare corretto concludere in via empirica che una parte della somma versata corrisponderà alla quantità di pezzi monetari originariamente concordata ed un'altra al coacervo degli interessi corrispettivi per il tempo durante il quale il creditore si sarà privato di detta quantità di denaro. Posta tale premessa risulta agevole, ad ulteriore conforto della tesi sostenuta, concludere come sia impossibile, giuridicamente prima ancora che materialmente, distinguere all'interno della somma versata a titolo di interesse legale, l'importo versato ex art. 1282 da quello versato ex art. 1224 comma 1. Mentre sarà agevole identificare l'ulteriore somma versata a titolo di risarcimento del danno, anche qualora questo sia calcolato mediante la tecnica dell'interesse.

predeterminato per il differimento, non concordato, nel pagamento di un credito pecuniario. Se ne deve dedurre una assoluta identità funzionale con l'interesse legale previsto e disciplinato dall'art. 1282¹⁸⁰.

Se si può concordare circa la utilizzabilità dell'interesse moratorio quale categoria concettuale, occorre chiarire come, sotto il profilo funzionale, questa stia ad indicare esclusivamente che, una volta scaduta l'obbligazione, la somma di denaro dovuta produce un interesse al tasso legale, il quale costituisce parte integrante della originaria prestazione dovuta, in quanto ancora possibile ed utile per il creditore¹⁸¹. L'interesse legale lungi dall'essere una quantificazione forfetaria del danno patito dal creditore, costituisce concreta esplicazione del principio secondo cui le somme di denaro certe e scadute sono naturalmente produttive di interessi, al fine, deve ritenersi, di temperare le conseguenze del principio nominalistico¹⁸².

¹⁸⁰ Condividono tale conclusione, che pure in alcuni casi viene condotta ad ulteriori, difformi, esiti, M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 155 e *passim*; SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1954, p. 259 e M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., *passim*.

¹⁸¹ Pur se motivata secondo un diverso *iter* è la medesima conclusione cui pare giungere anche V. REBUFFAT, *Ipotesi di cumulabilità degli interessi moratori con la rivalutazione monetaria, nella liquidazione del maggior danno da mora nell'obbligazione pecuniaria*, cit., p. 2119, secondo la quale “per i debiti pecuniari liquidi ed esigibili, la mora non incide né sulla produttività degli interessi – già esistente – né sul titolo dei medesimi – già radicatosi”.

¹⁸² M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 102, afferma esplicitamente tale funzione dell'interesse legale. Il medesimo autore ritiene implicitamente acquisita tale conclusione anche da parte della dottrina e della giurisprudenza che ammettono la risarcibilità del danno da svalutazione monetaria solo a titolo di maggior danno. Funzione dell'interesse legale sarebbe, più in particolare, quella di reintegrare l'oggetto della prestazione dovuta del valore perso nel corso del tempo.

7. L'ipotesi ricostruttiva prescelta consente di apprezzare con più cura la diversa disciplina che il Legislatore ha voluto assegnare all'interesse convenzionale rispetto a quello legale. La previsione pattizia di un interesse esclude infatti la possibilità di richiedere il risarcimento di ulteriori poste risarcitorie¹⁸³. Ad una diversità disciplinare così marcata non può non corrispondere una diversità di carattere funzionale, che l'opinione tradizionale ha mascherato assegnando ad entrambe le obbligazioni la medesima funzione risarcitoria.

Tanto l'interesse legale quanto quello convenzionale possono trovarsi ad operare sia nella fase fisiologica che in quella patologica del rapporto: il codice, però, mentre detta una disciplina uniforme per il primo, diversifica la efficacia del secondo in relazione alla circostanza che questo sia stato, o meno, predisposto dalle parti in previsione dell'eventuale inadempimento¹⁸⁴. Il legislatore ha infatti preso in considerazione

¹⁸³ Cfr. Cass., 7 gennaio 1983, n. 123, cit. p. 768, secondo la quale “la previsione di interessi moratori giustifica l'esclusione del danno perché si risolve nella previsione e liquidazione, in termini di interessi, del fatto costitutivo di questo, cioè il ritardo nell'adempimento”.

¹⁸⁴ Il fondamento di tale distinzione viene dalla dottrina ravvisato nella circostanza che solo prevedendo un interesse moratorio le parti disciplinano l'ipotesi dell'inadempimento. La medesima dottrina ha sempre tenuto a precisare la differenza funzionale tra interesse corrispettivo convenzionale ed interesse moratorio convenzionale soprattutto al fine di escludere nella prima ipotesi l'impossibilità di agire per l'integrale risarcimento del danno, prevista dal secondo comma dell'art. 1224. M. LIBERTINI, *Interessi*, cit. p. 128, ritiene equa tale ultima conclusione alla luce della considerazione che questa potrebbe in ogni caso essere considerata “conforme alla presumibile volontà delle parti” le quali, nel prevedere l'ipotesi di interesse corrispettivi, non intenderebbero affatto regolare le conseguenze dell'inadempimento. Concordano con tale affermazione, tra gli altri, T. ASCARELLI,

due diverse ipotesi: nella prima le parti hanno previsto al corresponsione di un particolare saggio di interesse, che, superando la previsione legale, quantifichi convenzionalmente la fecondità del denaro in relazione alla particolare situazione creditoria coinvolta (art. 1224 primo comma); nella seconda, le parti hanno previsto la corresponsione di un particolare saggio di interessi non nella fase fisiologica del rapporto, ma solo successivamente alla accertata scadenza dell'obbligazione (art. 1224 secondo comma). In altri termini, se nella prima ipotesi le parti si sono preoccupate di disciplinare convenzionalmente la problematica del corrispettivo dovuto per il tempo durante il quale il titolare della situazione creditoria si priverà di quella particolare somma di denaro, nella seconda hanno provveduto a predeterminare pattiziamente la quantificazione dell'obbligazione risarcitoria in ipotesi di ritardo nell'adempimento¹⁸⁵.

Obbligazioni pecuniarie, cit. p. 564, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit. p. 196.

¹⁸⁵ La distinzione diventa di immediata percezione ove si consideri la struttura di qualsivoglia contratto di finanziamento. Si avrà così modo di verificare come le parti disciplinino diversamente due ipotesi che tra loro non hanno nulla in comune. Nella prima di tali ipotesi le parti fissano un corrispettivo, quantificato mediante un saggio d'interesse, legato alla restituzione dell'importo finanziato entro il termine finale concordato. Nella seconda ipotesi, invece, le parti si preoccupano di disciplinare il mancato rispetto dei patti da parte del debitore, andando a prevedere un saggio d'interesse, di norma assai superiore a quello corrispettivo, con la funzione esplicita di risarcire il danno da inadempimento. Il Legislatore mostra di conoscere tale diversa funzione dell'interesse, fisiologica in quanto generalmente presente in tutti i contratti di finanziamento; tant'è che in relazione a tale diversa funzione detta una disciplina diversa. L'opinione tradizionale, che accomuna sotto il profilo funzionale le due fattispecie dell'interesse moratorio legale e di quello convenzionale, pare invece non assegnare la corretta rilevanza a tale diversa funzione.

Tale diversità funzionale giustifica la diversa disciplina di cui le due obbligazioni godono in chiave risarcitoria: mentre la previsione pattizia di un interesse corrispettivo convenzionale, operando in luogo dell'interesse corrispettivo legale, impone che, una volta scaduta l'obbligazione, questa *continui* a produrre il medesimo interesse, la regola convenzionale mediante la quale le parti abbiano a disciplinare l'infausta ipotesi dell'inadempimento prevede che l'obbligazione *inizi* a produrre interessi ed esclude l'operatività delle regole risarcitorie predisposte dal codice, in linea, si ritiene, con quanto previsto in materia di clausola penale¹⁸⁶.

Da tale diversità disciplinare parrebbe corretto desumere anche una diversità funzionale, valevole a distinguere la funzione dell'interesse moratorio convenzionale da quello moratorio legale e da quello corrispettivo, sia esso legale o convenzionale. Solo l'obbligazione di corrispondere interessi al tasso convenzionalmente previsto dalle parti per l'ipotesi dell'inadempimento appare funzionalmente tesa al risarcimento del danno; tanto la corresponsione dell'interesse al tasso legale, quanto quella della corresponsione di un interesse convenzionalmente predisposto dalle parti a titolo di

¹⁸⁶ La giurisprudenza e la dottrina sono univoche nell'assegnare la medesima funzione della clausola penale alla clausola pattizia che preveda la quantificazione dell'interesse moratorio. M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 129 considera tale pattuizione una "forma particolare di clausola penale, caratterizzata dal particolare meccanismo prescelto per la liquidazione preventiva del danno da ritardo". L'assimilazione della previsione di un interesse moratorio convenzionale alla previsione di una clausola penale appare, però, contraria al disposto normativo. Mentre l'art. 1382 lascia aperta la possibilità che le parti prevedano l'integrale risarcimento del danno patito, l'art. 1224 secondo comma esclude esplicitamente tale possibilità. Ciò dovrebbe indurre a respingere l'identificazione funzionale tra le due fattispecie.

corrispettivo, appaiono invece volti a stabilire il prezzo che il debitore è tenuto a versare al creditore, in funzione della mancata disponibilità di una somma di denaro per un determinato lasso di tempo¹⁸⁷.

Si è ritenuto di poter affermare che l'interesse al tasso legale, sulla scorta del principio della naturale fecondità del denaro, indichi il prezzo, astrattamente predeterminato, che il debitore è tenuto a versare al creditore, per compensarlo del mancato utilizzo di questo bene¹⁸⁸. Tale regola, sancita all'art. 1282, è però derogabile dalle parti, le quali possono disciplinare il rapporto prevedendo sia che l'obbligazione sia infruttifera di interessi, sia che produca interessi ad un tasso inferiore a quello legale, sia, ancora, che produca un interesse superiore a quello legale. L'inadempimento, si è anche sostenuto, si sostanzia in una vicenda di carattere novativo, in relazione alla quale si assiste alla estinzione dell'originario rapporto cui succede un nuovo vincolo

¹⁸⁷ Deve infatti ribadirsi che, come peraltro rilevato da A. DI MAJO, *Rivalutazione ed interessi tra diritto ed economia*, in *Corr. giur.*, 2002, 11, p. 1135, il denaro assolve a diverse funzioni, legate a ragioni di diritto, a seconda "che esso venga impiegato in libere negoziazioni, e cioè in veste di prezzo, o invece per risarcire un danno o compensare un arricchimento o vantaggio ottenuti".

¹⁸⁸ Parte della dottrina ha affermato che la giustificazione causale dell'erogazione degli interessi è sempre uguale, costituendo questi il prezzo per il differimento nel pagamento di un credito pecuniario, a nulla rilevando che tale differimento sia stato in precedenza convenuto. In particolare, circa tale impostazione, ripresa in particolare di cultori dell'analisi economica del diritto, si veda SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., p. 259. R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione monetaria nei rapporti di obbligazione*, cit., p. 44, sostiene che gli interessi svolgano sempre la medesima funzione "compensativa e non risarcitoria", pur ritenendo che in ogni caso vadano imputati ai danni di cui il debitore deve rispondere.

nel quale permangono legate le originarie situazioni giuridiche coinvolte. Si è inoltre precisato come, dal punto di vista empirico, l'analisi economica del diritto abbia esattamente verificato come l'inadempimento, in ipotesi di obbligazioni pecuniarie, dia luogo ad una sorta di prestito forzoso, in cui il creditore rimane suo malgrado coinvolto a vantaggio del debitore¹⁸⁹. Si noti, infine, che la regola esaminata – art. 1224 – risulta inserita non nella disciplina speciale delle obbligazioni pecuniarie, ma nel Capo III del libro quarto del codice intitolato “Dell'inadempimento delle obbligazioni”; tale indice sistematico dovrebbe indurre l'interprete a tentare una lettura armonica della norma con in principi generali in materia di inadempimento delle obbligazioni¹⁹⁰.

Le parti possono, come detto, aver disciplinato il rapporto senza nulla prevedere circa la fecondità della somma di denaro dovuta alla scadenza indicata. In questa ipotesi, accertata la infruttuosa scadenza del termine, la somma dovuta inizierà a produrre interessi al tasso legale sino al momento dell'effettivo pagamento, in linea con quanto previsto dall'art. 1282. Ciò lascia impregiudicata la questione del risarcimento del danno derivante da tale ritardo, che la norma qualifica come ulteriore, con

¹⁸⁹ Si veda *supra* n. 123.

¹⁹⁰ Pare condividere l'impostazione prescelta anche S. D'AVINO, *Perpetuatio obligationis e debiti pecuniari*, in *Vita not.*, 1984, p. 1075. sul punto anche R. PARDOLESI, *Le sezioni unite su debiti di valuta e inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, in *Foro it.*, I, 1986, p. 1269: “Occorre al riguardo ricordare che, per quanto faccia provincia a sé, la norma sull'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie fa pur sempre corpo con un complesso di disposizioni ispirate ad un disegno di fondo”. Ciò implica che l'affermazione tradizionale, secondo la quale l'art. 1224 comma primo recherebbe l'indicazione di una regola risarcitoria eccezionale, possa essere condivisa solo ove si dimostri impossibile ricostruire la fattispecie esaminata in linea con quanto previsto dalla disciplina generale dell'inadempimento.

locuzione la quale, può ritenersi, faccia riferimento alla possibilità che nel corso di tale lasso di tempo la ritardata esecuzione della prestazione abbia prodotto un danno che debba essere risarcito¹⁹¹. Le parti, però, possono aver previsto che la somma dovuta non producesse alcun interesse, ovvero che producesse un interesse ad un tasso inferiore all'interesse legale. Scaduta infruttuosamente l'obbligazione, l'intervenuta novazione del rapporto implica che oggetto dell'obbligazione risarcitoria continui ad essere la prestazione originariamente dovuta, in quanto ancora possibile ed utile. Il legislatore, però, non può non prendere atto della circostanza che il creditore si è trovato suo malgrado a prolungare nel tempo il momento nel quale potrà conseguire la somma dovuta¹⁹². La previsione convenzionale di un interesse inferiore a quello legale, non più attuale, viene, in relazione a tale circostanza, scalzata dalla obbligazione di corrispondere interessi al tasso legale previsto dall'art. 1282, reso operativo dal richiamo posto all'art. 1224 comma primo¹⁹³. Anche

¹⁹¹ Cfr. Cass., 7 gennaio 1983, n. 123, cit., p. 769, la quale, deve ritenersi correttamente, come l'identificazione della obbligazione di interessi con quella risarcitoria sia solo apparente, dovendosi qualificare il maggior danno come "il (diverso) danno maggiore, cioè quel danno che, derivando dall'inadempimento, esula dal reddito del bene fruttifero costituito dal danaro".

¹⁹² Le valutazioni che inducono le parti a disciplinare il rapporto obbligatorio prevedendo regole che derogano al principio sancito dall'art. 1282 non possono sopravvivere alla mancata esecuzione dell'obbligazione pecuniaria alla scadenza convenuta. E ciò in relazione alla circostanza che le parti, nel prevedere siffatte deroghe, hanno inteso disciplinare la sola fisiologica esecuzione della prestazione dovuta.

¹⁹³ Nessuno dubita che l'interesse legale sostituisca quello convenzionale, qualora questo sia stato convenzionalmente ancorato ad un saggio inferiore. Non è d'altronde difficile giustificare tale

in questa ipotesi, resta impregiudicata la questione relativa all'integrale risarcimento del danno. Le parti, infine, possono aver previsto la corresponsione di un interesse corrispettivo superiore a quello legale. In questa ipotesi, l'art. 1224 conferma la disciplina generale, prevedendo che contenuto minimo dell'obbligazione risarcitoria sia la prestazione originariamente dovuta, il cui integrale pagamento comprende anche la corresponsione dell'interesse corrispettivo convenzionalmente pattuito¹⁹⁴. Pagamento peraltro dovuto anche in virtù del successivo art. 1225, che indica quale minimo contenuto dell'obbligazione risarcitoria ciò che poteva prevedersi al momento della nascita

conclusione in relazione alla vicenda che, si è ritenuto, prende le mosse dall'inadempimento. L'originaria prestazione, che risulta ancora dovuta in virtù dell'obbligazione risarcitoria sorta a causa dell'inadempimento, mantiene la propria natura di prestazione pecuniaria, con la conseguenza che produrrà interessi al tasso legale ex art. 1282, se del caso tramite il richiamo operato dall'art. 1224. Ciò giustifica la circostanza che la somma di denaro, una volta scaduto il termine, produca interessi al tasso legale e non a quello convenzionale. La successione legale dell'interesse legale a quello, inferiore, convenzionale, si spiega in relazione alla circostanza che, in virtù della novazione del rapporto che discende dall'inadempimento dell'obbligazione, sorge l'obbligo di prestare, quantomeno, l'originaria prestazione, che consiste in una somma di denaro. Poiché tale obbligazione è immediatamente esigibile, il debito pecuniario ivi dedotto deve ritenersi produttivo di interessi al tasso legale, secondo quanto disposto dall'art. 1282, richiamato dall'art. 1224.

¹⁹⁴ L'obbligazione di interessi, infatti, è una obbligazione accessoria a quella di consegnare la somma di denaro, e non può non seguire le vicende che coinvolgono l'obbligo cui accedono. Se le parti hanno convenzionalmente previsto che la prestazione dovuta produca interessi ad un particolare saggio, tale interesse, in quanto accessorio della prestazione originariamente prevista, continua ad essere dovuto pur una volta scaduto il termine per l'adempimento.

dell'obbligazione. Anche in questa ipotesi, si noti, resta del tutto aperta la questione dell'integrale risarcimento del danno¹⁹⁵.

Le parti, infine, possono aver predisposto la misura dell'interesse da corrispondere in ipotesi di ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria. In tale ipotesi, e solo in tale ipotesi, al creditore è preclusa la possibilità di agire per l'integrale risarcimento del danno realmente patito. La norma, come detto, può essere spiegata in relazione ad una funzione che viene usualmente assimilata a quella della clausola penale, ovvero, più esattamente, di uno strumento mediante il quale le parti pattizamente predeterminano la quantificazione della eventuale obbligazione risarcitoria.

La breve disamina che precede parrebbe confermare che solo in ipotesi di interessi moratori convenzionalmente posti possa parlarsi di funzione risarcitoria dell'obbligazione esaminata¹⁹⁶. In tutte le altre ipotesi, come dimostrato dalla differente disciplina dettata dal codice rispetto ad esse, l'interesse svolge sempre la funzione di corrispettivo per la privazione, volontaria o forzata, di una somma di denaro per un certo lasso di tempo. Il Legislatore pare essersi preoccupato della circostanza che, sanciti il principio nominalistico e quello della naturale

¹⁹⁵ La disposizione che si esamina esplicitamente precisa che, anche ove le parti abbiano disposto convenzionalmente un interesse corrispettivo, ciò non esclude la possibilità per il creditore di chiedere il risarcimento del danno. Giurisprudenza e dottrina pacificamente escludono che in tale ipotesi il debitore non possa agire per l'integrale risarcimento del danno patito. Cfr. sul punto M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 128 e Cass., 7 gennaio 1983, n. 123, cit., 767.

¹⁹⁶ La natura della clausola mediante la quale le parti predispongano un saggio di interessi moratori si distingue nettamente dall'interesse legale. Nell'ipotesi esaminata l'interesse viene impiegato quale tecnica di calcolo del danno, con una funzione che non appare assimilabile a quella dell'interesse legale.

fecondità del denaro, questi non rimanessero inattuali nella fase patologica del rapporto. A tale funzione appare del tutto estraneo il solo interesse moratorio convenzionale.

Quanto detto pare indurre la conclusione che l'interesse legale di cui al primo comma dell'art. 1224 non svolga alcuna funzione risarcitoria, e men che meno contenga alcuna forfezzazione legale del danno patito dal creditore in conseguenza dell'inadempimento¹⁹⁷. In ossequio ad una lunga esperienza e tradizione, al fine di quantificare il danno, si ricorre alla tecnica dell'interesse: ciò, però, non deve indurre a confondere l'interesse quale tecnica di calcolo del danno da inadempimento dell'obbligazione pecuniaria, dall'obbligazione di corrispondere interessi quale conseguenza giuridica prevista dall'ordinamento al verificarsi di determinate fattispecie¹⁹⁸.

8. L'interpretazione criticata si fonda sulla necessità che, affermata l'identità di funzione – risarcitoria - tra rivalutazione ed interesse legale, sia possibile evitare la duplicazione che conseguirebbe alla applicazione della regola prevista al primo comma dell'art.1224 alla somma rivalutata, a far data dalla scadenze dell'obbligazione e non dalla sua liquidazione¹⁹⁹. La

¹⁹⁷ In tal senso, esplicitamente, Cass., 7 gennaio 1983, n. 123, cit., p. 768. Più di recente, ha concluso per la natura non risarcitoria degli interessi moratori B. INZITARI, *L'aumento del tasso legale degli interessi dal 5 al 10 per cento per effetto dell'art. 1 della legge 26 novembre 1990, n. 353, di riforma del processo civile*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, pp. 623 e ss.

¹⁹⁸ Si riferiscono alla tecnica dell'interesse anche quale modalità di calcolo del danno sia A. DI MAJO, *Interessi e svalutazione tra risparmiatori e pensionati*, cit., c. 433, che M. LIBERTINI, voce *Interessi*, cit., p. 106.

¹⁹⁹ Testualmente, in tal senso, Cass., S.U., 5 aprile 1986, n. 2368, cit. p. 1174, la quale critica l'argomento adottato, in quanto potenzialmente strumentale ad una interpretazione contraria al principio nominalistico. Giova comunque osservare come la sentenza esaminata affermi una natura "anche", ma non esclusivamente, risarcitoria dell'interesse legale.

giurisprudenza²⁰⁰ ha sempre sentito come ingiusta la potenziale duplicazione delle medesime voci risarcitorie, cui può dar luogo una errata interpretazione del rapporto tra rivalutazione monetaria ed obbligazione di corrispondere interessi al tasso legale²⁰¹. In questa chiave, la medesima giurisprudenza ha sempre sentito come eversiva una qualificazione dell'interesse accordato al creditore ex art. 1224 primo comma in chiave non risarcitoria ma corrispettiva²⁰². E ciò, deve condividersi, con riferimento a quei tentativi di accordare al creditore la doppia tutela della rivalutazione e dell'interesse legale, assegnando all'interesse legale una funzione diversa da quella risarcitoria²⁰³. Orientamento

²⁰⁰ Per un compiuto riesame delle posizioni giurisprudenziali circa la problematica del rapporto tra rivalutazione monetaria ed interessi legali, si veda P. PICONE, *La prestazione di somma di denaro: orientamenti della Corte di cassazione in tema di interessi legali e rivalutazione monetaria*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 585.

²⁰¹ Ciò in quanto, assumendo che l'interesse legale costituisce il danno presunto, e la rivalutazione ex art. 1224 comma 2 il danno reale, sommando le due voci si avrebbe una duplice liquidazione del medesimo danno. Si muove esplicitamente in tal senso Cass., S.U., 1 dicembre 1989, n. 5299, cit., c. 882.

²⁰² Tenendo quindi a precisare come agli interessi moratori dovuti ai sensi del 1224 comma 1 si dovesse assegnare una funzione risarcitoria del "danno minimo da ritardo". Cfr. Cass., S.U., 1 dicembre 1989, n. 5299, cit., c. 582.

²⁰³ Cass., Sez. Lav., 9 settembre 1988, n. 5135, in *Foro it.*, 1989, c. 2892 e Cass., 7 gennaio 1983, n. 123, cit., p. 767, la quale poco opportunamente distorce le condivisibili osservazioni circa la natura non risarcitoria dell'interesse legale, giungendo alla, meno condivisibile, conclusione che l'obbligazione pecuniaria, una volta inadempita, si trasformi in una obbligazione di valore. Altre decisioni che hanno tentato di motivare la possibilità di cumulare i due rimedi sono: Cass., 6 giugno 1981, n. 3661, in *Giust. civ. Mass.*, 1981; Cass., 25 settembre 1984, n. 4820, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 796; Cass., 13 febbraio 1987, n.

questo in effetti criticabile²⁰⁴, in quanto una volta evidenziata una diversa funzione dell'interesse legale, riconosceva al creditore pecuniario sia la rivalutazione della somma dovuta che gli interessi, entrambi a far data dalla scadenza dell'obbligazione, e ciò proprio in virtù della diversa funzione che queste obbligazioni avrebbero. Di qui la necessità che la giurisprudenza dominante ha sentito di riaffermare la natura risarcitoria dell'interesse legale, la cui funzione sarebbe quella di accordare al creditore un primo

1607, in *Notzi. giur. lav.*, 1987, p. 338; Cass., 9 settembre 1988, n. 5135, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2892, con riferimento alla sola qualifica del modesto consumatore.

²⁰⁴ L'unica ipotesi normativamente prevista di cumulo è quella dettata dall'art. 429 del codice di rito in materia di crediti pecuniari da lavoro, che può, però, essere considerata norma eccezionale rispetto al principio nominalistico, dettata in funzione di tutela di una situazione giuridica soggettiva di rango costituzionale sentita meritevole di particolare tutela. In tal senso, A. DI MAJO, *Interessi*, cit. pp. 296 e s. nonché Corte cost., 7 aprile 1988, n. 408, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2127 e 6 dicembre 1988, n. 1060, *id.*, 1989, I, c. 618, Cass. S.U., 1 dicembre 1989, n. 5294, in *Giust. civ.*, I, p. 345. Per una analisi ricca di spunti critici si vedano C. M. CEA, *La Corte costituzionale e la rivalutazione automatica dei crediti: ovvero equivoci e disinformazione*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2129 e R. PARDOLESI, *Inadempimento di crediti previdenziali e 'scomparsa' del danno da svalutazione*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2136. La questione della legittimità costituzionale della deroga prevista dall'art. 429 c.p.c., in riferimento all'art. 3 Cost., è stata più volte posta all'attenzione della Corte costituzionale. Si veda sul punto Corte cos., 2 giugno 1994, n. 207, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2622. Come noto la Corte costituzionale, con sentenza 12 aprile 1991, n. 156, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1321, ha esteso l'applicazione della norma esaminata anche ai crediti previdenziali. Si vedano sul punto anche le successive Cass., S.U., 17 febbraio 1995, n. 1712, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1470 e Cass., Sez. Lav., 19 maggio 1995, n. 5525, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2829.

risarcimento, nella misura di un *forfet* predeterminato per legge²⁰⁵. L'identità di funzione – risarcitoria – escluderebbe la possibilità di un cumulo²⁰⁶, di modo che, ove sia stata assegnata la rivalutazione del credito, questa si sostituirebbe al danno presunto, essendo idonea a coprire l'intera area del danno patito dal creditore²⁰⁷.

Vi è però che, alla medesima conclusione, è possibile giungere pur evitando di assegnare all'obbligazione di corrispondere interessi al tasso legale funzioni che non le sono proprie. La quantificazione della complessiva somma dovuta dal debitore per estinguere satisfattivamente il rapporto non può non tenere conto, nell'ipotesi esaminata, di quanto il creditore riceva a

²⁰⁵ Cass., S.U., 1 dicembre 1989, n. 5299, cit., c. 582, infatti, una volta richiamata la funzione dell'interesse legale, riteneva di poter motivatamente affermare che “ove il creditore, allegando un pregiudizio superiore all'importo del coacervo degli interessi, ne richieda il risarcimento, fornendo elementi (anche solo presuntivi) di prova della propria pretesa, viene meno la ragione di applicare il disposto del 1° comma dell'art. 1224, il quale postula – come si è già detto – che il creditore limiti la domanda risarcitoria al ‘minimo’ forfetariamente predeterminato dalla legge ed in ogni caso dovuto, senza alcun onere della prova”.

²⁰⁶ Conclusione condivisa anche da R. TRIOLA, *Cumulabilità di rivalutazione del credito ed interessi in tema di risarcimento del danno per inadempimento di obbligazioni pecuniarie*, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 799.

²⁰⁷ Tra le altre, Cass., 28 marzo 1997, n. 2780, in *Corr. giur.*, 1997, 11, p. 1326, secondo la quale: “Nelle obbligazioni pecuniarie, gli interessi moratori hanno funzione risarcitoria e non sono, pertanto, cumulabili con l'importo della rivalutazione monetaria eventualmente attribuita ai sensi dell'art. 1224 comma 2 c.c., essendo la stessa destinata al ristoro del danno eccedente quello già coperto dalla liquidazione degli interessi”. Condivide la conclusione riportata A. DI MAJO, *Interessi e svalutazione tra risparmiatori e pensionati*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 432, nel senso che ove si raggiunga la prova piena del danno, questa metta fuori gioco quella fondata su presunzioni.

titolo di originaria prestazione²⁰⁸. Non è necessario assegnare all'interesse legale la funzione di risarcire il danno in modo predeterminato e forfettizzato per affermare che, ove sia chiesta, in chiave risarcitoria, la rivalutazione della somma, questa deve comprendere solo ciò che eccede tale interesse²⁰⁹. Tale

²⁰⁸ R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, in *Foro it.*, 1944-46, IV, p. 44 e ss., che pure esclude la natura risarcitoria dell'interesse legale, precisa come ciò non implichi che sia possibile cumulare interessi e rivalutazione del credito, qualora quest'ultimo sia concessa ex art. 1224 comma 2.

²⁰⁹ L'esecuzione dell'originaria prestazione, infatti, è una componente dell'obbligazione risarcitoria ontologicamente diversa dalla somma che il debitore versa al fine di risarcire il danno. Come si è già avuto modo di rilevare, occorre evitare che la circostanza secondo la quale, alla fine, il debitore adempia mediante una unitaria somma di denaro, induca a confondere le diverse poste delle quali tale somma risulta rappresentativa. Anche in ipotesi di obbligazione pecuniaria non si deve confondere ciò che il debitore versa a titolo di originaria prestazione, compresi tutti gli accessori di questa, e ciò che invece versa al fine di risarcire uno specifico danno che il creditore abbia patito in conseguenza dell'inadempimento. L'obbligazione risarcitoria, si è avuto modo di rilevare, si compone, sotto il profilo contenutistico, di diverse prestazioni, che possono essere individuate anche allorquando questa si sostanzia in una complessiva somma di denaro. Qualora rimanga inadempita una obbligazione, la cui prestazione sia divenuta impossibile o inutile, la somma di denaro che il creditore avrà diritto a percepire sarà comprensiva tanto della mancata esecuzione della prestazione, quanto del danno che da tale mancata prestazione sia disceso. Qualora, invece, la prestazione originariamente dovuta permanga possibile ed utile, contenuto dell'obbligazione risarcitoria sarà tanto l'originaria prestazione, quanto una somma di denaro che vada a risarcire il danno che, *medio tempore*, sia stato causato dal ritardo nell'adempimento. Non si deve dimenticare che, in ipotesi di obbligazione pecuniaria, la vigenza del principio nominalistico impone

conclusione discende di per sé dalla considerazione che la quantificazione di ciò che dovuto al fine di risarcire il danno non può confondersi con quanto dovuto in virtù dell'originario obbligo assunto. La circostanza che quest'ultimo venga adempiuto, in quanto ancora possibile ed utile, implica che il danno possa riferirsi solo alle conseguenze che discendono dal ritardo con cui il creditore consegue la prestazione originaria; poiché la rivalutazione della somma implica l'utilizzo della medesima modalità di calcolo impiegata per l'interesse, con l'unica evidente differenza che l'indice di riferimento utilizzato sarà più alto del tasso legale, ne discende che la somma rivalutata sia idonea, di per sé, a coprire anche quanto dovuto in virtù dell'obbligazione di corrispondere interessi²¹⁰.

la percorribilità in via esclusiva della sola seconda modalità evidenziata. Senza che la circostanza che ci si trovi dinanzi al pagamento di una unitaria somma di denaro possa indurre confusione circa le diverse causali che sostengono la necessità di estinguere il rapporto, in adempimento dell'obbligazione risarcitoria, mediante tale pagamento.

²¹⁰ Pur affermando che l'interesse legale non abbia una funzione risarcitoria, deve in ogni caso negarsi che questo possa sommarsi alla somma eventualmente concessa quale rivalutazione, così come la prestazione originariamente dovuta, pur adempiuta in ritardo, non possa essere confusa con la somma versata a titolo di risarcimento del danno. Posta tale precisazione, non può essere condiviso quanto affermato da A. DI MAJO, *Interessi e svalutazione tra risparmiatori e pensionati*, cit., c. 431, secondo il quale il creditore avrebbe la scelta tra il diritto agli interessi legali e quello al risarcimento del danno secondo le regole generali sulla responsabilità contrattuale. L'art. 1224 richiama nel suo complesso tali regole e consente al creditore di agire per l'integrale risarcimento del danno del danno; quest'ultimo però, non potrà non tener conto di quanto il creditore riceva a titolo di interesse legale, dato che la disciplina generale, nel quantificare l'obbligo risarcitorio, impone che si tenga conto della circostanza che il creditore abbia, o meno, ottenuto l'adempimento, seppur tardivo, dell'originaria prestazione.

La vicenda disciplinata dall'art. 1218, che costituisce la norma base della disciplina dell'inadempimento, deve essere interpretata con esclusivo riferimento alle parziali deroghe imposte dalla perenne possibilità ed utilità dell'adempimento tardivo. L'estinzione del vincolo sarà sempre legata all'adempimento dell'originaria prestazione, in quanto l'art. 1277 specifica che, pur una volta scaduta l'obbligazione, il debitore continua ed essere tenuto al versamento della quantità di pezzi monetari originariamente concordata, che il creditore non può non ritenere utile. Vi è però che l'oggetto della prestazione, una somma di denaro, si caratterizza per la sua normale fecondità, per cui una volta scaduta l'obbligazione questa sarà produttiva di interessi al tasso legale. Ma la quantità di denaro derivante dalla somma dell'originaria prestazione e degli interessi al tasso legale decorrenti dalla scadenza costituisce ancora il solo adempimento dell'originaria prestazione. A questa, si aggiunge il risarcimento consistente in una "ulteriore" somma di denaro, che vada a soddisfare l'interesse del creditore a veder rimosse le conseguenze negative derivanti dall'inadempimento, conseguenze che devono però essere dimostrate. Mentre, infatti, la produzione dell'interesse legale non necessita di alcuna dimostrazione, essendo la naturale conseguenza della natura del denaro, consacrata nella regola prevista dall'art. 1282, le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal ritardo nell'adempimento – danno emergente e mancato guadagno - devono essere concretamente allegare e dimostrate dal creditore²¹¹.

²¹¹ Si può ritenere che l'interpretazione prescelta riesca a giustificare con maggiore aderenza alla disciplina generale dell'inadempimento la circostanza che l'interesse al tasso legale debba essere versato anche in assenza di un danno. Se, infatti, si esclude che tale obbligazione sorga in funzione di un danno da risarcire, e se si ritiene che l'obbligazione di versare interessi al tasso legale su di una somma certa e scaduta sorga, quale accessorio del debito pecuniario, in virtù del precetto contenuto

L'interesse legale, in quanto normale conseguenza della scadenza di una obbligazione, pur essendo moratorio non pare essere risarcitorio, e men che meno costituisce una predeterminazione forfetaria del danno patito. Ciò non implica, però, che possa essere cumulato con la rivalutazione del credito, posto che le due richieste si fondano su presupposti giuridici ed allegazioni probatorie del tutto diverse ed inconciliabili tra loro.

9. L'affermazione della natura non risarcitoria dell'obbligazione di corrispondere interessi al tasso legale deve essere comunque analizzata in relazione alla complessiva obbligazione mediante l'adempimento della quale il debitore perviene alla estinzione del vincolo sorto in conseguenza dell'inadempimento.

La corresponsione dell'interesse al tasso legale ha luogo, come più volte detto, in quanto il creditore, posta la insindacabile utilità della prestazione dovuta, deve insistere per l'adempimento di questa, chiedendo anche la liquidazione del danno derivante dal ritardo con cui la consegue. Danno ulteriore rispetto alla quantità di pezzi monetari dovuti ed agli interessi che questa produce – prestazione originaria – ma che dell'una e degli altri deve tenere conto onde evitare che il creditore pervenga ad un risultato maggiore di quello cui sarebbe pervenuto in ipotesi di fisiologica estinzione del rapporto.

La regola contenuta al secondo comma dell'art. 1224 conferma la rilevanza delle regole generali dettate dal codice in materia di inadempimento²¹², precisando che, a causa del principio nominalistico, il creditore non gode della consueta alternativa, dovendo necessariamente insistere per l'adempimento

all'art. 1282, non è necessario ipotizzare alcuna deroga alle regole generali dettate dagli art. 1218 e ss.

²¹² Rilevanza confermata anche da E. LECCESE, *Inadempimenti di obbligazioni pecuniarie e svalutazione monetaria: nuovi orientamenti nella ricostruzione della fattispecie pregiudizievole*, cit., p. 1140.

della prestazione originariamente dovuta. In linea con quanto previsto dall'art. 1224, però, l'adempimento di questa non esaurisce il contenuto dell'obbligazione risarcitoria, essendo necessario pervenire all'integrale ristoro della situazione soggettiva creditoria rimasta lesa. Il danno ulteriore cui la norma fa riferimento, allora, consisterà nella lesione che deriva dalla ritardata consegna della somma di denaro pattuita, produttiva di interessi al tasso legale. Il creditore che richieda il risarcimento di tale danno, avrà però l'onere di allegare le circostanze che fondano la propria domanda, dovendo dimostrare che questo sia ascrivibile al debitore quale conseguenza immediata dell'inadempimento. La vigenza del principio nominalistico si sostanzia proprio in tale necessità: se, infatti, l'art. 1277 afferma il potenziale potere liberatorio del pagamento, seppur tardivo, della somma di denaro originariamente pattuita, l'art. 1224 al primo comma precisa che l'originaria prestazione continua ad essere dovuta, mentre al secondo comma conferma come, anche in ipotesi di obbligazioni pecuniarie, l'adempimento tardivo della prestazione non dia luogo alla estinzione del vincolo in tutte quelle ipotesi in cui esso non sia soddisfacente dell'interesse creditorio²¹³. In questa ipotesi, cui comunemente viene riferita anche l'ipotesi della svalutazione intervenuta nel periodo intercorrente tra la mora del debitore e l'effettivo pagamento, il creditore è però chiamato ad dimostrare le conseguenze negative che devono indurre a ritenere non integralmente risarcita la situazione giuridica della quale è titolare²¹⁴. A ben vedere, però, la

²¹³ In tal senso appare quindi corretto affermare che l'art. 1224, nel suo complesso e non solo il suo secondo comma, vale ad attestare la vigenza delle normali regole dettate in materia di inadempimento anche nell'ipotesi di obbligazioni aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro.

²¹⁴ R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, cit., p. 44 e ss., ebbe immediatamente ad evidenziare come

richiesta di rivalutazione del credito si rivela inconciliabile con l'obbligazione risarcitoria disciplinata dall'art. 1224, in quanto risolvendosi nella richiesta di adeguamento del valore della prestazione dovuta, implicherebbe la possibilità, per il creditore, di affermare la non utilità dell'originaria prestazione dovuta. Circostanza questa che, come si è avuto modo di verificare, il principio nominalistico esclude²¹⁵. Come si avrà modo di verificare, la problematica trova la sua più puntuale definizione

il fronte maggiormente critico della disciplina esaminata sia proprio quello del versante probatorio. Posta la vigenza del principio nominalistico, risulta infatti chiaro come qualunque tentativo di alleggerire l'onere probatorio che la disciplina generale dell'inadempimento pone a carico del creditore si risolverà in una violazione della norma prevista dall'art. 1277 tutte quelle volte in cui ciò si traduca in un ingresso automatico dei fenomeni svalutativi nel rapporto obbligatorio. Ed in effetti, come si avrà modo di chiarire, vi è un errore metodologico che inficia tutte le ricostruzioni che tendono a risolvere il problema della svalutazione monetaria nell'ambito della disciplina del risarcimento del danno: quest'ultima, infatti, si pone quale esclusivo compito di assegnare l'esaustivo risarcimento dei danni immediatamente ascrivibili all'inadempimento; danni che, se pure possono portare a considerare la svalutazione quale fattispecie potenzialmente dannosa, non possono essere confusi con le conseguenze lesive che da questa possono discendere, e che devono essere oggetto di puntuale dimostrazione da parte del creditore.

²¹⁵ Il presupposto logico di una domanda risarcitoria volta ad ottenere la rivalutazione del credito è che la somma originariamente dovuta, in quanto svalutata, non sia più utile, ovvero idonea a soddisfare l'interesse creditorio. L'allegazione di tale circostanza, però, è contraria al principio nominalistico, il quale impone che la somma di denaro convenuta continui ad essere idoneo mezzo di pagamento, anche ove sia già infruttuosamente scaduto il termine per l'adempimento.

solo ove si respinga la assimilazione integrale tra obbligazione risarcitoria e rivalutazione della somma dovuta²¹⁶.

10. Le questioni interpretative cui ha dato luogo la regola dettata dall'art. 1224 sul versante della prova del danno sono troppo note perché se ne debba nuovamente dar conto, sicché in questa sede se ne proporrà solo una breve disamina, funzionale alla argomentazione che si sta tentando di condurre.

L'orientamento tradizionale, sulla scorta della considerazione che la svalutazione monetaria, di per sé, costituisce un danno sociale, che aggredisce la somma di denaro sia che si trovi nelle mani del creditore che in quelle del debitore, imponeva al primo, qualora richiedesse il risarcimento di tale voce di danno, la dimostrazione che la somma corrispostagli, se puntualmente versata, sarebbe stata impiegata in modo tale da non subire gli effetti erosivi della svalutazione²¹⁷. Pur non ponendo quale premessa teorica l'estraneità dell'interesse legale rispetto alla funzione risarcitoria, tale orientamento richiedeva al creditore la concreta dimostrazione del danno patito, secondo quanto previsto dalle regole generali sul risarcimento del danno, ritenute applicabili anche alla ipotesi esaminata²¹⁸. In tal senso si faceva

²¹⁶ Si veda *infra*, parr. 10 e 11.

²¹⁷ Come autorevolmente precisato da T. ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 573: "All'uopo il creditore non potrà far capo a generali presunzioni tratte dall'attività da lui svolta; dovrà invece, come più volte ricordato, provare di aver concretamente subito l'incidenza della svalutazione in seguito alla mora e così la mancata sua possibilità, in seguito alla mora, di compiere un investimento che altrimenti avrebbe realizzato o l'avvenuta alienazione di beni per far fronte a debiti ai quali il tempestivo pagamento da parte del debitore gli avrebbe permesso di provvedere". In giurisprudenza il modello più risalente può essere esaminato in Cass., 11 gennaio 1951, in *Foro it.*, I, p. 163.

²¹⁸ Il fondamento teorico dell'impostazione tradizionale risulta compiutamente dimostrato da T. ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*,

divieto al creditore di provare il danno esclusivamente mediante generali presunzioni fondate sull'attività svolta, quali, ad esempio, lo svolgimento di una attività di carattere commerciale²¹⁹. L'esigenza sistematica che imponeva il rispetto di tale impostazione poteva dirsi legata alla necessità di rispettare la lettera del principio nominalistico, mantenendo l'equivalenza tra l'ammontare del debito assunto e la somma dovuta al momento del pagamento²²⁰.

L'impostazione tradizionale, come si è avuto già modo di rilevare, risolvendo la questione in un onere probatorio che troppo spesso si rivelava impossibile da adempiere²²¹, era fatalmente destinata ad incontrare difficoltà allorquando gli esiti di una inflazione sempre più alta iniziarono a riversarsi sui singoli

cit., pp.593 e ss. e *passim*. L'Autore motiva la necessità di una specifica allegazione probatoria da parte del creditore sulla scorta della necessità di applicare alla sola ipotesi considerata le regole generali previste in materia di risarcimento del danno. Conclusione questa, che si fonda a sua volta sulla circostanza che la corresponsione dell'interesse al tasso legale, costituendo un primo e forfetario risarcimento, sia effetto naturale dell'inadempimento. L'impostazione metodologica espressa da questo Autore, può, come si avrà modo di verificare, essere ancora condivisa, pur dovendosi ritenere preferibile motivare la differente disciplina prevista dal codice in relazione alle considerazioni che si è ritenuto di poter svolgere nei paragrafi precedenti.

²¹⁹ In tal senso, Cass., 13 aprile 1977, n. 1388, in *Foro it. mass.*, n. 290

²²⁰ La migliore ricostruzione storica della problematica sottesa all'adozione del modello tradizionale può trovarsi in E. QUADRI, *Danno e risarcimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Giur. it.*, 1979, I, p. 971.

²²¹ Sul punto si veda R. PARDOLESI, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*, cit., c. 2622, secondo il quale "le chances, per il creditore, di sostenere con successo il suo onere probatorio apparivano poco più che virtuali. Non si va lontano dal vero col dire che il principio prevalso in giurisprudenza a partire dai primi anni '50 addossava il rischio della svalutazione al creditore".

rapporti obbligatori. Le aule dei tribunali non tardarono ad essere invase dalle richieste di tutela avanzate da creditori che, impossibilitati a tradurre il danno sociale in un danno privato, si vedevano consegnare da debitori sempre più smaliziati somme di denaro il cui valore era notevolmente inferiore a quanto preventivato e dedotto in obbligazione.

La reazione dinanzi al mare montante delle istanze risarcitorie si trova in una sentenza mediante la quale il diritto vivente²²², utilizzando il fatto notorio della svalutazione quale circostanza acquisita alla comune esperienza, assegnava all'inadempimento di una obbligazione pecuniaria l'attitudine a mutare la intrinseca natura del debito di una somma di denaro, il quale veniva consistere non più in una obbligazione di valuta ma in una obbligazione di valore²²³.

²²² Per un esame del contesto economico e giuridico che ha indotto la giurisprudenza a riformare l'indirizzo tradizionale allora prevalente, si veda E. QUADRI, *Obbligazioni pecuniarie e svalutazione monetaria*, (n.r.), in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 547.

²²³ Cfr. Cass., 30 novembre 1978, n. 5670, in *Giust. Civ.*, 1978, II, p. 1909. Poste tali premesse, il danno da svalutazione veniva a porsi quale danno diretto patito dal creditore, al quale non doveva richiedersi alcuna prova circa l'effettività del danno patito. Favorevole a tale orientamento si dimostrava C. M. BIANCA, *Il danno da svalutazione monetaria*, in *Giur. It.*, 1979, IV, p. 129 e s., il quale ebbe a rilevare come in tal modo si attenuavano le contraddizioni tra i principi generali dettati in materia di adempimento e le peculiarità dell'obbligazione pecuniaria. In particolare, l'Autore riteneva che la "semplice spendita del denaro in beni consumabili e servizi sottrae il denaro agli effetti pregiudizievoli della svalutazione monetaria". Rilevava inoltre G. FINOCCHIARO, *Mutamento di giurisprudenza in tema di debito di valore per risarcimento del danno, eliminato a spese del danneggiato*, in *Giust. Civ.*, 1978, I, p. 7, come il minor rigore probatorio avesse l'encomiabile effetto di scoraggiare condotte volutamente dilatorie da parte del debitore.

L'imporsi di tale arresto giurisprudenziale venne però immediatamente scongiurato dalla Corte di Cassazione, la quale, sulla scorta anche delle preoccupazioni mostrate dalla parte più avvertita della dottrina, provvede a riconfermare la natura dell'obbligazione pecuniaria, a prescindere dal momento in cui questa venga adempiuta²²⁴. L'esigenza contingente di tutelare il creditore dagli effetti pregiudizievoli della svalutazione, richieste però il suo tributo, sulla scorta dell'argomentazione che l'orientamento tradizionale, seppur corretto, comportava una sottovalutazione del danno derivante dalla svalutazione²²⁵.

La soluzione apprestata, allora, il tributo che il diritto vivente offrì sull'altare della svalutazione monetaria, consistette nel richiamare l'orientamento tradizionale, che veniva però corretto mediante l'utilizzo della prova presuntiva, legata alle qualità personali del creditore, con fini diversi da quelli sino ad allora consentiti²²⁶. Laddove l'orientamento tradizionale accoglieva la

²²⁴ Anche se, come nota B. INZITARI, *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1161, l'impatto della sentenza n. 5670/78 non è stato mai del tutto sanato. La domanda di rivalutazione, di lì in poi, si è trasformata in una sorta di clausola di stile inserita in ogni citazione, trovando, tra l'altro, frequente accoglimento da parte dei Giudici. Su tale circostanza si veda PAJARDI, *La rivalutazione monetaria nei tribunali italiani. Statistiche*, in *Giur. it.*, 1984, IV, p. 321.

²²⁵ Esplicite, in tal senso Cass., S.U., 4 luglio 1979, n. 3776, in *Foro it.*, 1979, I, p. 1668, poi pubblicata solo in massima *ivi*, 1979, I, p. 2622 con nota di R. Pardolesi, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*; *ivi*, 1979, I, p. 1985 con nota di F. Caffè, *In tema di "risarcimento automatico" nella misura della svalutazione monetaria*; *ivi*, 1979, I, p. 1987 con nota di A. Amatucci, *La prova del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie*, e Cass., S.U., 25 ottobre 1979, n. 5572, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 532.

²²⁶ Il modello per presunzioni, poi precisato in seguito ad ulteriori interventi della Corte, nasce e trova il proprio fondamento in un

prova presuntiva al solo fine di consentire al creditore la prova dell'effettivo danno patito, il nuovo modello risarcitorio consente al creditore un risarcimento quantificato in relazione al presumibile impiego che questi della somma dovuta avrebbe fatto, se puntualmente consegnata. Si conferma, da un lato, l'argomento tradizionale, che qualificava la svalutazione quale mero fatto potenzialmente dannoso, e non danno *in re ipsa*²²⁷, ma non si impone più al creditore, dall'altro, la prova puntuale del danno patito. La prova del danno può essere data con presunzioni volte a consentire una personalizzazione dell'obbligazione risarcitoria in relazione al differente ruolo economico assunto dal creditore nella compagine sociale: nascono le categorie creditorie socialmente rilevanti, cui il giudice può far riferimento al fine di quantificare l'obbligazione risarcitoria²²⁸. L'operazione ermeneutica condotta

momento storico in cui l'interesse legale aveva perso l'originaria funzione di temperamento al principio nominalistico, essendo stato scalzato da un tasso di inflazione più che doppio. Sulle motivazioni che hanno indotto tale elaborazione si veda, come detto, la motivazione resa da Cass., S.U., 4 luglio 1979, n. 3776, cit., p. 1668.

²²⁷ Come conferma peraltro B. INZITARI, *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 1162, il quale precisa come l'identificazione del danno concreto e reale con la perdita secca subita dal creditore in conseguenza della svalutazione contrasti con i principi del sistema italiano del risarcimento del danno.

²²⁸ Cass., S.U., 4 luglio 1979, n. 3776, cit., p. 1675, la quale provvede ad indicare le diverse categorie socialmente rilevanti nell'operatore economico, nel risparmiatore abituale, nel creditore occasionale e del modesto consumatore. Ad ognuna di tali categorie economiche viene poi assegnata una redditività presuntiva della somma di denaro, la quale consenta, anche mediante l'utilizzo del criterio equitativo, di pervenire a conclusioni che rispecchino l'effettiva incidenza dell'inadempimento sul patrimonio del singolo debitore. Ogni categoria di creditori tenderebbe, secondo l'orientamento esaminato, ad impiegare il denaro in modi

dalla Corte si sostanzia, in definitiva, nella enucleazione di una diversa redditività presunta in capo ad ognuna delle categorie creditorie socialmente rilevanti che il medesimo Giudice si è preoccupato di indicare²²⁹.

sempre simili, tali poter essere considerati sistematici e perciò ripetibili, in quanto normali rispetto alle caratteristiche di un determinato soggetto come “*homo oeconomicus*”. Sulla utilizzabilità della nozione stessa di *homo oeconomicus* nutre da subito forti perplessità F. CAFFÈ, *In tema di “risarcimento automatico” nella misura della svalutazione monetaria*, cit., c. 1886, il quale rileva come “il semplice fatto che si sia dovuto disdegnare l’*homo oeconomicus*” stesse a confermare lo scetticismo con cui poteva essere accolto l’impiego di presunzioni desumibili da qualità professionali dei soggetti.

²²⁹ Cass., S.U., 4 luglio 1979, n. 3776, cit., p. 1675 precisa, infatti, come l’attitudine lesiva dell’inadempimento possa avere la seguente diversa incidenza sul patrimonio del creditore: “dell’operatore economico, con riferimento alla redditività netta del denaro destinato ai suoi ordinari investimenti imprenditoriali... del risparmiatore, con riferimento alle dimostrate personali e normali modalità di impiego del proprio denaro; del creditore occasionale, con riferimento alla corrispondenza degli impieghi allegati 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 nel caso può costituire il criterio residuale più attendibile) agli indici ufficiali dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati”. Si viene in sostanza a creare una graduatoria decrescente di categorie creditorie, cui si riferisce una decrescente redditività del denaro, che parte da un massimo della redditività del capitale impiegato in attività imprenditoriale ad un minimo, che fungerebbe peraltro da criterio residuale, rappresentato dagli indici ISTAT. A queste categorie Cass., 20 novembre 1998, n. 11736, in *Giur. it.*, 1999, c. 2052, ha aggiunto quella dei liberi professionisti.

Al di là delle critiche di cui la decisione in esame è stata fatta oggetto da parte della dottrina²³⁰, che non ha mai mancato di segnalare come la soluzione del problema fosse da indicare in una modifica del criterio di calcolo dell'interesse legale²³¹, la Giurisprudenza di legittimità ha mantenuto sostanzialmente fede

²³⁰ Critiche che hanno investito non la parte in cui, con esattezza, la giurisprudenza esaminata conferma gli esiti cui l'applicazione del principio nominalistico deve necessariamente condurre l'interprete, ma la parte in cui, posta tale premessa, la si rende in sostanza non operativa consentendo un uso troppo disinvolto da parte del giudice dei meccanismi presuntivi. F. CAFFÈ, *In tema di "risarcimento automatico" nella misura della svalutazione monetaria*, cit., c. 1886, rilevò immediatamente come l'effetto pratico che la sentenza avrebbe conseguito non sarebbe stato in linea con l'obiettivo dichiarato di ridurre l'ingresso del fenomeno inflazionistico nell'obbligazione risarcitoria. fu immediatamente chiaro alla dottrina più avveduta che, pur avendo manifestato formale ossequio alla teoria tradizionale, la giurisprudenza aveva introdotto un sistema mediante il quale la rilevanza del fenomeno svalutativo, per il tramite di un onere della prova svuotato di contenuto, diventava non più una potenziale evenienza ma una immancabile certezza. Tanto che sul punto A. AMATUCCI, *La prova del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., c. 1988, ebbe a notare: "Onde, non risultando che sia stata percepita l'evidente discrasia, delle due l'una: o la corte *plus dixit quam voluit*, ovvero ha, senza avvedersene, disatteso le implicazioni che dal principio nominalistico la teoria tradizionale trae". Notazioni che, come si avrà modo di vedere, non sono valse ad evitare che la Corte confermasse, nel tempo, l'impostazione prescelta.

²³¹ Tra gli altri, in tal senso, A. DI MAJO, *La prova del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie (un passo avanti e due indietro...)*, cit., c. 1886; P. TARTAGLIA, *Il risarcimento non automatico" del danno da svalutazione monetaria*, in *Giust. civ.*, 1986, c. 1068; R. PARDOLESI, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*, cit., c. 2626.

a tale ipotesi ricostruttiva del sistema, pur precisandola nel corso dei successivi interventi sul tema. Interventi che hanno richiesto l'intervento delle Sezioni Unite al fine di comporre i conflitti tra Sezioni semplici che la materia ha continuato a stimolare.

L'obiettivo, nemmeno troppo celato, del dissenso motivato da talune pronunce delle Sezioni semplici della Corte, è stato quello di tentare l'elaborazione di un modello interpretativo che consentisse l'ingresso automatico del fenomeno svalutativo nell'obbligazione risarcitoria: considerazione cui si è pervenuti mediante ricostruzioni sistematiche che paiono caratterizzate da una impostazione metodologica che, individuata la conclusione cui si vuol pervenire, in quanto percepita come corretta, ne fonda la validità mediante argomentazioni modulate ad arte.

Il tentativo di dare accesso all'automatica rilevanza del fenomeno inflattivo, considerato quale maggior danno, è stato nuovamente affermato assegnando all'inadempimento l'efficacia di mutare l'obbligazione pecuniaria da obbligazione di valuta ad obbligazione di valore²³². A tale considerazione si è facilmente

²³² Il tentativo di interpretare l'efficacia della fattispecie esaminata nel senso indicato è stato, come detto, posto in essere per la prima volta da Cass., 30 novembre 1978, n. 5670, cit., p. 972, con nota di E. Quadri, *Danno e risarcimento nelle obbligazioni pecuniarie*, ed è stato poi ripreso da Cass., 7 gennaio 1983, n. 123, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 766, con nota di A. Di Majo, *Svalutazione monetaria e risarcimento del danno (un passo avanti e due indietro)*. Al di là delle censure esplicitamente mosse all'arresto giurisprudenziale esaminato, si può immediatamente notare come questo sconti la mancata comprensione della complessiva vicenda legata all'inadempimento. Questa, per come si è ritenuto di poter concludere in precedenza, pur sostanziandosi in una novazione, non modifica la natura della prestazione originaria dovuta dal debitore inadempiente, il quale rimane obbligato al pagamento dell'originaria prestazione, in quanto ancora possibile ed utile, maggiorata dell'interesse corrispettivo, che la stessa naturalmente o

obiettato che, così ritenendo, si svaluti la vigenza del principio nominalistico sino al momento del pagamento, e non semplicemente a quello della scadenza. Ogni tentativo di assimilare l'obbligazione pecuniaria ad un debito di cose, con lo scopo di applicare alla stessa le conseguenze della *perpetuatio obligationis*²³³, non tiene infatti conto della circostanza che il debito

convenzionalmente produce. Altro è, come in tutte le ipotesi relative all'inadempimento di una obbligazione, affermare che l'adempimento dell'originaria prestazione non sia satisfattivo, e dunque chiedere l'integrale risarcimento del danno patito. altro ancora, poi, è affermare che l'originaria prestazione, ancorché possibile, non sia più utile in conseguenza dell'intervenuto depauperamento del suo valore. In queste ipotesi entra in gioco una diversa obbligazione risarcitoria, di valore, la quale soggiace alle ordinarie regole probatorie e pretende che il debitore dimostri il danno patito.

²³³ In tal senso si è espresso S. D'AVINO, *Perpetuatio obligationis e debiti pecuniari*, cit., p. 1084, il quale, sulla scorta della considerazione che il principio nominalistico appare strumentale ad una definizione fisiologica del rapporto, propone di far carico al debitore moroso degli effetti della *perpetuatio obligationis*. L'opinione non appare condivisibile, in quanto fondata sull'erronea equiparazione del debito pecuniario a qualsivoglia altro debito di cose generiche. Tale equiparazione non risulta corretta, in quanto non tiene conto delle peculiarità del bene denaro. Il fondamento logico di tali interpretazioni si trova in ciò: che, posta l'assimilabilità del denaro ad altri beni, la svalutazione può essere a sua volta assimilata ad un vero e proprio perimento parziale della cosa dovuta, del quale il debitore moroso deve rispondere in virtù del disposto dell'art. 1221. Ma sul punto possono condividersi le considerazioni svolte da E. QUADRI, *Danno e risarcimento delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 981: "E per negare che l'ipotesi regolata dalla disposizione in questione possa essere confusa con quella di cui all'art. 1221 non occorre, allora, invocare il principio nominalistico quale sorta di finzione legale, bastando ricordare l'estraneità del concetto di 'perimento' (totale o parziale) alla moneta intesa come unità legale di

pecuniario si distingue da qualsivoglia altro debito proprio per il suo oggetto, il denaro, al quale si applica il principio nominalistico sia che il pagamento sia puntuale, sia che questo sia tardivo²³⁴. Affermare, inoltre, che la svalutazione da danno sociale si trasformi in danno individuale a causa dell'inadempimento, significa considerare, con operazione ermeneutica non condivisibile, la svalutazione non un fatto potenzialmente dannoso, ma un vero e proprio danno giuridico²³⁵.

misura dei valori e criterio, quindi, di determinazione della somma dovuta". In tal senso conclude anche A. DI MAJO, *Svalutazione monetaria e risarcimento del danno (un passo avanti e due indietro...)*, in *Giust. civ.*, 1983, p. 772, il quale rileva con precisione l'erroneità della premessa da cui parte la tesi criticata, nella "assimilabilità del debito pecuniario a quello di cose, onde il pagamento in moneta svalutata equivale alla prestazione di cosa diminuita di valore perché deprezzata, il che non può non essere a rischio del debitore moroso e ciò secondo i comuni principi".

²³⁴ Cfr. Cass., S.U., 5 aprile 1986, n. 2368, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1160 con nota di B. Inzitari, *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1065, con nota di P. Tartaglia, *Il risarcimento non automatico del danno da svalutazione e le categorie creditorie*, in *Foro it.*, 1986, I, p. 1265, con note di R. Pardolesi, *Le Sezioni unite su debiti di valuta ed inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, A. Amatucci, *Svalutazione monetaria, preoccupazioni della Cassazione e principi non ancora enunciati in materia di computo di interessi*; *ivi*, 1986, I, p. 1540, con note di G. Valcavi, *Ancora sul risarcimento del maggior danno da mora delle obbligazioni pecuniarie: interessi di mercato o rivalutazione monetaria* e di E. Quadri, *Danni nelle obbligazioni pecuniarie: la via delle sezioni unite all'ulteriore risarcimento*.

²³⁵ Cfr. Cass., S.U., 5 aprile 1986, n. 2368, cit., p. 1175: "In particolare va ribadito che: a) il danno da svalutazione non si identifica con il fenomeno inflativo, cioè con l'inflazione in sé, ma si configura in relazione alle conseguenze pregiudizievoli che dalla stessa sono derivate al singolo creditore e che non si sarebbero prodotte se non ci fosse stato il ritardo nell'adempimento, sicché il danno medesimo consiste

Si è inoltre tentato di configurare il danno da svalutazione, da rapportare agli indici ISTAT, quale danno da riconoscere per il solo fatto che il creditore ne alleggi l'esistenza²³⁶; tentativo che, per quanto non condivisibile poiché, ancora una volta, teso a qualificare il danno da svalutazione come danno *in re ipsa*²³⁷, poteva essere considerato una naturale implicazione del modello ricostruttivo prescelto, e poi ribadito, dalle Sezioni unite della Corte.²³⁸

nella lesione patrimoniale in concreto subita dal creditore per non aver potuto disporre della somma nel tempo in cui avrebbe dovuto essere pagata; b) la svalutazione che assume rilievo è quella che si verifica durante la mora, nella quale va individuata la causa per cui il creditore si è trovato nell'impossibilità di evitare gli effetti della svalutazione”.

²³⁶ Cfr. Cass., 5 giugno 1985, n. 3356, in *Foro it.*, I, 2239, con nota di R. Pardolesi, “Maggior danno” da svalutazione: verso la rivalutazione automatica?

²³⁷ La precisazione, condivisibile, è ancora una volta di Cfr. Cass., S.U., 5 aprile 1986, n. 2368, cit., p. 1175.

²³⁸ Se, infatti, si ricostruisce la situazione giuridica soggettiva creditoria affermando che la figura del modesto consumatore costituisce una “ipotesi residuale”, si inserisce nel sistema la possibilità di affermare che, quantomeno tale figura, possa essere sempre utilizzata. Non si vede come sia possibile contestare, infatti, che qualunque creditore utilizzi il denaro ricevuto al fine di acquistare beni, e che mediante la somma svalutata sarà in grado di acquistare meno beni. Da ciò può agevolmente farsi discendere la conclusione che, quale ipotesi residuale, possa sempre essere assegnato, al creditore che non dimostri di aver patito un danno maggiore, il risarcimento presuntivamente accordato al modesto consumatore: l'adeguamento secondo gli indici ISTAT. Tale conclusione, che la Corte non riesce ad evitare pur avendo ricostruito con maggior rigore il sistema prescelto, implica però che in tal modo l'indice cui accordare quello che si assume essere il risarcimento del danno diviene variabile ed ancorato ad un saggio di interesse diverso da quello legale. L'ipotesi ricostruttiva adottata dalla Corte, in sostanza, non riesce ad evitare che, pur seguendo un'altra via, si pervenga al

risultato di mutare per via giurisprudenziale il tasso dell'interesse legale. Ma ciò non può essere evitato, deve ritenersi, qualora si utilizzi l'obbligazione risarcitoria per un fine che non le è proprio. B. INZITARI, *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 1168, ha infatti facile gioco nell'affermare che, in ossequio all'iter motivazionale offerto dalla Corte con le tre sentenze a Sezioni unite in materia di maggior danno, il criterio che rapporta il risarcimento agli indici ufficiali dei prezzi al consumo appaia "l'unico criterio autenticamente generale applicabile ad ogni categoria creditoria". P. TARTAGLIA, *Il risarcimento non automatico del danno da svalutazione e le categorie creditorie*, cit., I, p. 1606, mostra forti perplessità circa la correttezza del modello enucleato dalla Giurisprudenza esaminata, rilevando, da un lato, come il consumatore abbia rilevanza assorbente e, dall'altro, come da ciò debba discendere l'applicabilità in via generale degli indici ISTAT quale saggio di rivalutazione. Nel medesimo senso si è espresso anche E. ZEFFINA, nota redazionale a Cass., S.U., 16 dicembre 1994, n. 10796, in *Giur. it.*, 1, I, c. 1695. Il sistema risarcitorio vive di un delicato equilibrio, che tollera pochissime eccezioni. La modifica dell'onere probatorio non può non avere effetti anche sulle norme di carattere sostanziale. La breve disamina svolta conferma, però, che il problema della svalutazione non può essere risolto mediante l'obbligazione risarcitoria, pena la lesione del principio nominalistico. L'interesse legale, che originariamente era legato a reali dinamiche di mercato, ha proprio la funzione di contrappunto alla vigenza di quest'ultimo principio. Solo mediante interventi normativi su tale saggio, come pare essere stato infine compreso dal Legislatore, è possibile evitare che il principio nominalistico si sostanzi in una compromissione ingiustificata della sfera giuridica del creditore. Una conferma di come, pur adottando il modello adottato dalle Sezioni Unite, possa pervenirsi ad esiti che vanno ben oltre le intenzioni del giudice di legittimità si può avere dall'esame di Cass., 9 luglio 1982, n. 4088, in *Giur. it.*, 1983, 1, I, c. 1307, secondo la quale "il creditore che chieda il risarcimento dei danni derivanti dalla svalutazione monetaria verificatasi durante la mora del debitore può limitarsi ad allegare il fatto notorio del fenomeno

Chiarito quindi che il principio nominalistico vige sino all'effettivo pagamento, e che la svalutazione, di per sé non costituisce danno giuridico, ma solo un fatto potenzialmente lesivo, le cui ricadute pregiudizievoli devono essere puntualmente dimostrate, la Giurisprudenza della Corte a Sezioni unite ritenuto corretto precisare come, in materia di obbligazioni pecuniarie, ben possa farsi largo ricorso alla prova presuntiva per dimostrare l'esistenza di un danno da ritardato pagamento²³⁹. La Corte sente, e di questa sensazione fa esplicita menzione, che la deroga alle regole generali imposta dalla prova presuntiva legata alle qualità personali del creditore è forte. Afferma però la necessità di tale deroga – una sorta di male minore – perché delle due l'una: o il legislatore decide di adeguare il tasso dell'interesse legale al tasso dell'inflazione, ovvero la Giurisprudenza, al fine di risarcire un danno che sente ingiusto ed effettivo, non altro metodo che

inflazionistico qualora il pregiudizio patrimoniale sia costituito dal danno emergente”.

²³⁹ P. TARTAGLIA, *Il risarcimento non automatico del danno da svalutazione e le categorie creditorie*, cit. , p. 1607, ritiene che l'arresto giurisprudenziale esaminato sia corretto nella enucleazione dei principi, meno per quanto riguarda l'individuazione della regola da applicare. L'opinione riportata deve essere condivisa. Nell'interpretare le disposizioni di un testo occorre verificare la riconducibilità delle singole regole ai principi: necessità che implica che principi e regole siano in intima correlazione tra loro, dovendo le seconde essere una spiegazione dei primi. Ciò di cui la Corte, forse volutamente, non si avvede è che nel passaggio dai principi alla regola, e da questa di nuovo ai principi, non vi è corrispondenza. Si afferma, infatti, che il principio nominalistico impedisce l'automatica rilevanza della svalutazione; si interpreta quindi la regola, affermando la necessità di rispettare tale principio; ove però, poi, si vada a verificare quale principio si desumibile dall'applicazione giurisprudenziale della regola, ci si avvede che questo non è più quello nominalistico ma il suo esatto contrario.

quello di risarcirlo utilizzando il secondo comma dell'art. 1224²⁴⁰. La praticabilità di tale seconda via, giustamente percepita come l'unica percorribile da un giudice che non voglia sostituirsi al legislatore²⁴¹, pretende però che la sistematicità ed organicità della disciplina dettata dal codice in materia di inadempimento, ceda il passo a speciali deroghe dettate solo in materia di obbligazioni pecuniarie. È così che, tra presunzioni e fatti notori acquisiti dalla comune esperienza e desumibili dalle condizioni e qualità del creditore, il diritto vivente appresta una via coscientemente

²⁴⁰ Con tale motivazione la Corte ha sempre respinto sia ogni istanza di adeguamento automatico della prestazione dovuta al tasso inflattivo, sia le opinioni dottrinali volte ad utilizzare altri indici – tasso di mercato del costo del denaro piuttosto che tasso di sconto praticato dalla Banca centrale – in quanto legando la quantificazione dell'obbligazione pecuniaria si avrebbe l'effetto di eludere il principio nominalistico. Si veda sul punto Cass., S.U., 5 aprile 1986, n. 2368, cit., p. 1175 e 1176.

²⁴¹ L'iter argomentativo della Corte è chiaro, e merita di essere riportato al fine di comprendere quanto si dirà circa la non attualità di tali considerazioni: “Queste soluzioni, incentrate sull'adeguamento dell'interesse monetario, in verità salvano il principio nominalistico, giacché non comportano una rivalutazione automatica della somma dovuta; e non sembrano offendere neppure il disposto del 2° comma dell'art. 1224, in quanto il “danno ulteriore” ben può consistere nella differenza dell'interesse ed essere risarcito allo stesso modo (come espressamente consente la norma). Ma è innegabile che in tal modo – riconoscendo sempre o in ogni caso la differenza dell'interesse – si viene ad elevare, in pratica, il tasso legale degli interessi moratori, disconoscendone anche il carattere fisso, per modo che non si fa una operazione esegetica, ma normativa; e di conseguenza emerge anche la contraddizione con la disposizione suddetta, per cui l'unica via praticabile è quella dell'accertamento e della quantificazione soggettiva”.

elusiva del dettato codicistico²⁴², in attesa che il Legislatore voglia provvedere ad adeguare il sistema²⁴³.

11. Mentre l'auspicato adeguamento legislativo è intervenuto²⁴⁴, l'arresto giurisprudenziale continua spesso ad essere ossequiato dal Giudice²⁴⁵.

Il legislatore ha infatti riformato il tasso dell'interesse legale, che non costituisce più una misura fissa, ma si sostanzia in una entità in continuo movimento da riportare di anno in anno a determinati indici²⁴⁶. Nella scelta di tali indici si è peraltro

²⁴² Elusione cosciente, questa, che viene giustificata, per implicito, alla luce della carenze del sistema: il riferimento alle categorie creditorie viene infatti motivato “come mezzo di facilitazione della prova e di liquidazione forfetaria del danno di cui fruisce il creditore che, avendo la qualità o trovandosi nella condizione che caratterizza la categoria, possa vantare un impiego normale e prevalente del denaro in forme socialmente generalizzate e giovare perciò di presunzioni coerenti con tali modalità (e solo di queste)”. La evidente contraddizione di cui il sistema viene a patire, in conseguenza dell'intervento giurisprudenziale, viene quindi ad essere giustificata sulla scorta che questa sia l'unica vi accettabile al fine di risarcire il pregiudizio in attesa che il Legislatore voglia adeguare il tasso di produttività del denaro alle reali dinamiche che coinvolgono il denaro.

²⁴³ Legislatore al quale viene implicitamente indicato anche il modello cui adeguarsi: *interesse variabile* rapportato all'*effettivo valore* della moneta. Per la conferma si veda la motivazione di Cass., S.U., 5 aprile 1986, n. 2368, cit., p. 1175, in nota 158.

²⁴⁴ Il meccanismo di calcolo del saggio legale previsto dall'art. 1284 è stato modificato con l'art. 2 della Legge 23 dicembre 1996, n. 662 – Misure di razionalizzazione della finanza pubblica, in *GU*, 28 dicembre 1996, n. 303 – suppl. ord. N. 233.

²⁴⁵ Da ultimo, si veda Cass. 28 luglio 2004, n. 58, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, f. 7-8.

²⁴⁶ La scelta se apportare di anno in anno la modifica al saggio legale rimane però lasciata alla discrezionalità del Ministro del Tesoro, con

confermato che la problematica tutelata dall'interesse legale si lega più al problema della naturale produttività del denaro che a quello del risarcimento del danno. Il saggio dell'interesse legale deve infatti tener conto tanto “del rendimento annuo medio lordo dei titoli di stato di durata non superiore ai dodici mesi” quanto “del tasso di inflazione registrato nell'anno”. Il Legislatore, seppur con ritardo, ha seguito la - implicita - istanza giurisprudenziale²⁴⁷ ed il - esplicito in verità - consiglio dottrinale²⁴⁸ che, sin dall'inizio della vicenda esaminata, avevano indicato in tale modifica la via per giungere ad esiti maggiormente equi nella quantificazione dell'obbligazione risarcitoria. Tale intervento, che consente di raggugliare la produttività del denaro ad indici aderenti alla realtà delle dinamiche inflazionistiche²⁴⁹, dovrebbe però indurre la

l'avvertenza che ove questi non provveda, rimarrà invariato il saggio previsto per l'anno precedente.

²⁴⁷ Dall'esame delle motivazioni resa di volta in volta dalla giurisprudenza appare chiaro come questa indicasse al Legislatore sia il compito di riformulare l'art. 1284, sia quello di adottare a tal fine una formula che consentisse all'interesse legale di rapportarsi efficacemente alle dinamiche inflazionistiche.

²⁴⁸ Tra gli altri, si veda in particolare G. VALCAVI, *La stima del danno nel tempo, con riguardo alla inflazione, alla variazione dei prezzi e all'interesse monetario*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, p. 332; ID., *In materia di art. 429, 3° comma, c.p.c., tasso legale di interesse e caduta degli interessi bancari*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2628, il quale ha più volte avuto modo di precisare più volte come fosse necessario far capo ad un saggio variabile, pur suggerendo l'adozione di altri indici di riferimento.

²⁴⁹ Come rileva E. QUADRI, *La riforma del saggio degli interessi legali*, cit., p. 259, il nuovo meccanismo di calcolo pare “adeguarsi all'idea, posta a fondamento delle legislazioni moderne, secondo cui quello legale sia da concepire quale tasso legato ai livelli di interessi correnti sul mercato”. Il medesimo Autore precisa infatti come, all'epoca dell'emanazione del Codice del 1942, l'interesse legale del 5% fu scelto proprio con la funzione di dare attuazione al “trionfante principio di onerosità dei

giurisprudenza al recupero del rigore proprio dell'orientamento originario, che imponeva la prova di un concreto pregiudizio subito dal creditore in conseguenza del ritardo nell'adempimento²⁵⁰.

Non si dimentichi che, anche secondo tale ipotesi ricostruttiva, la presunzione legata alle qualità personali del soggetto può operare, dando luogo però alla prova del concreto pregiudizio patito²⁵¹. Deve quindi condividersi il maggior rigore probatorio²⁵² insito in talune pronunce che appare maggiormente

negozi creditizi". Anche tale considerazione sistematica dovrebbe confortare la conclusione cui si è ritenuto di giungere, secondo la quale, nel disegno codicistico, l'obbligazione di corrispondere interessi al tasso legale non ha, di per sé, alcuna natura risarcitoria.

²⁵⁰ Non appare fuori luogo verificare nuovamente la compatibilità del rimedio apprestato dalla giurisprudenza al fine di tutelare la situazione giuridica creditoria lesa. Come ebbe a rilevare E. QUADRI, *Danno e risarcimento nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 973, occorre sempre evitare che scelte interpretative assunte al fine di rispondere ad esigenze contingenti ed emozionali, finiscano, "non trovandosi in linea con i principi costituenti in un determinato momento il fondamento stesso dell'ordinamento, con il tradire proprio le esigenze poste alla loro base". La notazione dell'Autore, se risulta profetica in relazione agli squilibri sistematici introdotti dal sistema delle presunzioni elaborato dalle Sezioni Unite nel 1979, dovrebbe indurre l'interprete di oggi a negare ogni ulteriore utilizzo di tale prova in chiave risarcitoria.

²⁵¹ Come nota T. ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit. p. 573, le circostanze relative alla attività del creditore, pur nell'ambito dei limiti previsti dall'art. 2729, possono rilevare al fine di assegnare al creditore il risarcimento dell'integrale pregiudizio patito.

²⁵² L'invito al maggior rigore probatorio è stato già formulato da E. QUADRI, *La riforma del saggio degli interessi legali*, cit., p. 265, il quale ha avuto modo di rilevare come il ritorno dell'inflazione entro tassi più accettabili, e soprattutto i precedenti interventi legislativi in tema di

aderente alla vigenza del principio nominalistico²⁵³. Risolto, tramite l'adeguamento alla realtà dell'art. 1284, il problema della perdita di valore della moneta a causa dell'inflazione, problema che riguarda più la naturale produttività del denaro che il risarcimento del danno patito²⁵⁴, non si vede cosa renda

interessi, stiano inducendo la parte più avvertita della giurisprudenza ad andare oltre il c.d. sistema delle presunzioni.

²⁵³ Nel senso di un maggior rigore nell'accertamento del danno patito dal creditore si veda Cass, 28 luglio 2004, n. 14202, cit., la quale, pur dichiarando di muoversi nell'ambito del consolidato orientamento giurisprudenziale che ha preso le mosse da Cass., S.U., 4 luglio 1979, cit., sembra riprendere le precisazioni di T. ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 573, allorquando precisava come la prova presuntiva, seppur potesse concorrere alla identificazione del danno patito, non consentiva al creditore di far presumere l'esistenza di danni che discendessero automaticamente dalla propria qualifica imprenditoriale. Sul punto la sentenza indicata precisa che, se può presumersi che l'imprenditore, in conseguenza del ritardato adempimento, possa trovarsi ad avvalersi del prestito bancario, ovvero non possa impiegare il denaro dovuto nel ciclo produttivo della propria impresa, ciò non lo esonera dalla prova concreta della effettività di tali circostanze. In particolare, nel cassare con rinvio la sentenza impugnata, la Corte ha chiesto al giudice del merito di verificare se dalla attività istruttoria espletata dalla parte fosse possibile desumere la prova che il creditore avesse patito un danno concreto relativo alla attività esercitata, ovvero che questi non avesse potuto esercitare determinate attività in conseguenza della mancata disponibilità del denaro dovuto. Il danno, secondo la Corte, deve essere liquidato con riferimento o ai proventi medi dell'attività, ovvero con riferimento al costo del prestito bancario.

²⁵⁴ Già D. NAPOLITANO, *Svalutazione monetaria e obbligazioni pecuniarie*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 119, aveva escluso la stessa configurabilità della svalutazione come danno da mora. Sul punto R. PARDOLESI, *Le Sezioni unite su debiti di valuta ed inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, cit., p. 1268, ha precisato come l'abitudine a ragionare della

necessario mantenere l'oggettivo stravolgimento delle regole che il modello per presunzioni ha introdotto nel codice.

Scopo dichiarato della scelta del Giudice del 1979, ribadito nel 1986, era evitare che, per effetto della difficile prova sul maggior danno, gli effetti della svalutazione si traducessero in una sottostima del danno effettivo patito dal creditore²⁵⁵. La *ratio* di tale modello ricostruttivo, e delle eccezioni che questo importa rispetto alla regola generale in materia di prova del danno, appare in definitiva non più attuale²⁵⁶. Il denaro, alla scadenza dell'obbligazione, produce un tasso di interesse che non solo tiene conto del tasso di inflazione nel corso dell'anno, ma anche del

svalutazione in termini di maggior danno abbia indotto erroneamente a confondere l'uno con l'altra.

²⁵⁵ Cfr. Cass., S.U., 4 luglio 1979, n. 3776, cit., la quale ribadita la validità della base positiva e scientifica dell'orientamento limitativo precedentemente in auge, fondava l'esigenza di rimodulare in chiave presuntiva l'onere della prova che il creditore è chiamato ad assolvere al fine di ottenere il risarcimento del danno da svalutazione sulla scorta della considerazione che "tale indirizzo, applicato in epoca, come quella recente ed ancora attuale, in cui la svalutazione della moneta assume proporzioni notevoli che superano largamente il tasso dell'interesse legale ed in cui l'inflazione monetaria diventa talora uno strumento di politica economica volta a favorire le esportazioni, è parso tuttavia risolversi in un trattamento gravemente sperequativo a danno del creditore ed in un possibile incoraggiamento di debitori poco scrupolosi all'inadempimento ed a maliziose resistenze giudiziarie, favorita essendo la posizione del debitore dalle obiettive gravi difficoltà in cui versa il creditore nell'osservanza dell'onere della prova".

²⁵⁶ Non vi è più, deve ritenersi, quell'esigenza di tutelare la corretta realizzazione del programma obbligatorio, senza volare il principio nominalistico, che la giurisprudenza esaminata aveva posto a base del proprio modello interpretativo. Uno sguardo, seppur sommario, all'andamento del tasso di inflazione ed a quello del saggio di interesse legale supporta la conclusione prescelta.

rendimento medio dei titoli di Stato a dodici mesi. Come a dire che la effettiva redditività della moneta, affermata dall'art. 1282, è finalmente assicurata dallo stesso legislatore, come peraltro anche le decisioni della Corte a Sezioni Unite parevano richiedere²⁵⁷. L'ossequio al modello per presunzioni assumerebbe i contorni del rispetto dogmatico ed acritico di una interpretazione che nel tempo ha perso le proprie ragioni di essere²⁵⁸.

L'attuale tecnica di calcolo dell'interesse legale è tale da garantire, nel rispetto del principio nominalistico e di quello della naturale produttività del denaro, la satisfattoria dell'adempimento tardivo della prestazione originariamente dedotta, in tutte quelle ipotesi in cui il creditore dal ritardo nell'adempimento non abbia patito un danno, di carattere patrimoniale o non patrimoniale²⁵⁹.

²⁵⁷ Anche la dottrina si era espressa in tal senso. Sul punto P. TARTAGLIA, *Il risarcimento non automatico del danno da svalutazione e le categorie creditorie*, cit., p. 1068, il quale rileva che la soluzione più corretta della problematica esaminata non poteva essere che nelle mani del legislatore, il quale avrebbe potuto rimodulare il tasso moratorio "non più in misura fissa, ma correlata alla situazione del mercato finanziario dal momento della scadenza dell'obbligazione sino al pagamento". Conforme circa la necessità di un intervento del Legislatore sul meccanismo di calcolo del saggio d'interesse anche A. DI MAJO, *Svalutazione monetaria e risarcimento del danno (un passo avanti e due indietro...)*, cit., p. 774.

²⁵⁸ La dottrina più avveduta ha infatti da diverso tempo precisato come un eventuale adeguamento legislativo del tasso di interesse a quello dell'inflazione, avrebbe implicato l'immediato recupero dell'originario rigore probatorio. In tal senso si veda R. PARDOLESI, *Il maggior danno da svalutazione monetaria: appunti di analisi economica*, cit., c. 2629. E. QUADRI, *Danni nelle obbligazioni pecuniarie: la via delle sezioni unite all' "ulteriore risarcimento"*, cit., c. 3044.

²⁵⁹ E. QUADRI, *La riforma del saggio degli interessi legali*, cit., p. 265 giunge infatti ad affermare che la possibilità di azionare l'obbligazione

L'interesse legale è accordato al creditore, quale temperamento del principio nominalistico, al quale fa da contrappunto, affinché sia assicurata la effettiva produttività di un credito di denaro certo e scaduto. In ciò non vi è alcuna pretesa di risarcire il danno patito, effettivamente o presuntivamente, dal creditore. Tant'è che la corresponsione di tale interesse trova la sua ragione nella scadenza dell'obbligazione e non nell'inadempimento colposo del debitore. Assicurata tale esigenza primaria, non vi è più alcuna ragione di disciplinare l'onere probatorio in materia di inadempimento delle obbligazioni pecuniarie in modo diverso da qualsivoglia altra obbligazione: imponendo, cioè, al creditore la prova dell'effettivo danno patito²⁶⁰. Il recente intervento legislativo chiarisce che il problema della produttività della somma dovuta non ha alcun nesso con la tematica del risarcimento del danno, consentendo una lettura armonica delle regole dettate in materia di inadempimento che devono essere fatte valere per qualunque tipo di obbligazione²⁶¹.

risarcitoria possa considerarsi, allo stato, limitata alla sola categoria imprenditoriale.

²⁶⁰ In tal senso anche B. INZITARI, *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 1162, secondo il quale l'unico danno che sia possibile far valere è quello "che il creditore avrebbe potuto evitare se non ci fosse stato il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria". La dimostrazione di tale danno, precisa il medesimo autore, non può che essere soggettiva. Conforme anche P. TARTAGLIA, *Il risarcimento non automatico del danno da svalutazione e le categorie creditorie*, cit., p. 1607, il quale precisa che l'art. 1224 impone la necessità di accertare, senza abusare di presunzioni, il reale pregiudizio patito.

²⁶¹ Come rilevato anche da A. DI MAJO, *Svalutazione monetaria e risarcimento del danno (un passo avanti e due indietro...)*, cit., p. 775, il quale aveva esattamente rilevato come il problema della svalutazione afferisse più la problematica dell'interesse legale che quella dell'obbligazione

Trova conferma quanto preconizzava quell'orientamento dottrinale che rilevava l'errore metodologico insito nel risolvere il problema del risarcimento del danno in quello della svalutazione, dimenticando che, ove anche fosse assicurata al creditore il pagamento di una somma, la cui quantificazione fosse stata rivalutata in relazione agli indici ISTAT, questo non avrebbe implicato, di per sé, l'integrale risarcimento del danno patito²⁶². Se, infatti, può dirsi per tutti uguale il fatto generatore del pregiudizio – la svalutazione – ciò non può implicare l'identità delle conseguenze pregiudizievoli che a questo si legano²⁶³.

Occorre ribadire una considerazione che si è ritenuto utile premettere all'analisi della questione esaminata. L'obbligazione pecuniaria costituisce uno schema di carattere neutro, l'esame della cui struttura non è in grado di esprimere nulla circa l'interesse attuato dal regolamento di interessi. Per comprendere la disciplina da assegnare al rapporto occorre richiamarne la

risarcitoria, precisando come una – allora solo auspicata – rimodulazione del primo consentisse “di guardare alla ipotesi del (risarcimento) del ‘maggior danno’ ex art. 1224 comma 2 con mente sgombra dalla preoccupazione di caricare tale ipotesi di compiti e di funzioni (quale il rilievo della svalutazione monetaria) che chiaramente non le appartengono”.

²⁶² Il rilievo critico è di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite su debiti di valuta e inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, cit., p. 1268, il quale, evidenzia come l'aver risolto il problema del risarcimento del danno in quello della svalutazione monetaria, abbia imposto l'elaborazione di un modello idoneo a preservare il creditore del solo pregiudizio legato alla perdita del potere d'acquisto: “Senonché, l'obiettivo dell'art. 1224 è un altro. Il fatto che, nell'uso gergale, si sia largamente recepita la formula “danno da svalutazione” non vale ad accreditare l'illusione ottica che sia proprio quello il nocumento da ristorare”.

²⁶³ Cfr. R. PARDOLESI, *Le sezioni unite su debiti di valuta e inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, cit., p. 1269

funzione da questo concretamente realizzata²⁶⁴. Ciò implica, in chiave risarcitoria, che l'individuazione della dimensione qualitativa e quantitativa dell'obbligazione risarcitoria non possa prescindere dalla rilevazione della funzione che l'originario rapporto rimasto inesequito aveva: solo una volta rilevata tale funzione, è possibile muovere verso l'identificazione della obbligazione che ha quale nuova funzione la rimozione delle conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento.

La prova del danno in materia di obbligazioni pecuniarie non può essere dissimile da quella richiesta in relazione all'inadempimento di qualsivoglia altra obbligazione²⁶⁵, e deve

²⁶⁴ L'opinione riportata è di P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, cit., p. 1028. Tale opinione, che è stata motivatamente condivisa già nel corso del primo capitolo della presente trattazione, costituisce uno degli elementi centrali dello studio del diritto delle obbligazioni in generale, e di quello delle obbligazioni pecuniarie in particolare. La neutralità dello schema obbligatorio esaminato, infatti, si presta meglio di altre strutture a comprendere che, ove si tralasci l'esame del profilo funzionale del rapporto, si rende impossibile assegnare a questo la corretta disciplina, e si è costretti ad elaborare modelli interpretativi i quali, proprio in relazione a tale carenza, non possono essere condivisi. La censura ben può essere mossa nei confronti delle categorie creditorie elaborate dalla Giurisprudenza, le quali scontano proprio il vizio genetico legato ad un esame del rapporto che, essendo astratto e generalizzante, non è in grado di giungere ad esiti di corretto ed integrale risarcimento del danno effettivamente patito.

²⁶⁵ Come si è già avuto modo di sostenere in precedenza, la disciplina dell'obbligazione pecuniaria deve essere letta in termini di sostanziale omogeneità con la disciplina generale dell'inadempimento. Al di là del rilievo sistematico, in relazione al quale la norma che si occupa dell'inadempimento è l'unica che si trova al di fuori della Sezione I del Capo VII, deve ritenersi che eventuali deroghe alle regole generali possano consentirsi solo se motivate in relazione alla natura

avere lo scopo di valutare il valore che per il creditore aveva l'adempimento, ovvero, in altri termini, l'utilizzazione che di tale strumento di scambio poteva essere fatta e le conseguenze patrimoniali legate alla sua mancata ed imposta inutilizzazione²⁶⁶.

L'interpretazione dell'art. 1224, pur senza misconoscere la eventuale efficacia sanzionatoria e deterrente della disciplina della responsabilità, si è sempre mossa in una ottica recuperatoria e risarcitoria²⁶⁷, confermando che la funzione dell'istituto, dal punto di vista della disciplina codicistica, non può che essere l'integrale risarcimento del danno. La responsabilità civile, pur avendo un indiscutibile effetto sociale deterrente e sanzionatorio, ha, nell'ottica del legislatore codicistico, funzione esclusivamente risarcitoria²⁶⁸. La complessiva vicenda che dall'inadempimento

dell'istituto; circostanza, quest'ultima, che si è già avuto modo di escludere più volte nel corso della trattazione.

²⁶⁶ Si esprime in tali termini Cass., 7 gennaio 1983, n. 123, cit. Come giustamente viene rilevato anche da R. PARDOLESI, *Le sezioni unite su debiti di valuta e inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, cit., p. 1269, la problematica sottesa al risarcimento del danno può essere individuata nell'esigenza di "collocare il promissorio deluso nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato ove l'obbligazione fosse stata adempiuta".

²⁶⁷ Come ribadisce, anche di recente, A. DI MAJO, *Rivalutazione ed interessi tra diritto ed economia*, cit., p. 1134, allorché ribadisce la necessità di evitare ingiustificati arricchimenti in capo al creditore, come conseguenza dell'inadempimento.

²⁶⁸ Principio pacifico, desumibile dalla generalizzata applicazione giurisprudenziale delle norme esaminate in chiave eminentemente recuperatoria. Pur non dimenticando che la responsabilità svolge anche un importante ruolo sociale nell'indirizzare le condotte dei consociati, si deve ritenere corretto l'orientamento dominante in materia, ben riassunto da B. INZITARI, *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie.*, cit., p. 1164: "Secondo i canoni classici della *Differenztheorie*, la definizione

prende inizio, pretende che, ove l'originaria prestazione dovuta sia ancora possibile ed utile, alla estinzione del rapporto possa pervenirsi solo se l'esecuzione di questa sia effettivamente soddisfattoria dell'interesse creditorio leso dal ritardo nell'adempimento. Ciò implica la necessità di dimostrare, in concreto, che qualora la prestazione pecuniaria fosse stata adempiuta tempestivamente, questa sarebbe stata impiegata in uno specifico affare che avrebbe prodotto un particolare guadagno, ovvero che non sarebbe stato necessario affrontare determinate spese, per sopperire alla mancata prestazione della somma dovuta. Qualunque categoria creditoria, alla luce della intervenuta riforma dei meccanismi di calcolo dell'interesse legale, che pare idoneo, se non a risarcire il creditore quantomeno a far cadere la foglia di fico del danno da svalutazione²⁶⁹, dovrà dimostrare effettivamente il concreto pregiudizio patito. Tale pregiudizio si sostanzia, in relazione a qualsiasi categoria

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 verificati". Che poi dall'imposizione di tale regola discendano conseguenze sociali in chiave di deterrenza, ciò non implica di per sé che all'istituto si possa assegnare tale funzione a prescindere dall'esistenza di un dato normativo che consenta tale conclusione. Sul punto possono condividersi le conclusioni cui giunge C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1196.

²⁶⁹ Si noti che le giurisdizioni amministrative hanno già da tempo escluso che la rivalutazione del credito, così come gli interessi legali, rispondano ad esigenze di carattere risarcitorio, avendo, al contrario, la diversa funzione di attualizzare il valore economico della prestazione. Si veda, in tal senso, Cons. Stato, 31 gennaio 1986, n. 52, in *Foro it.*, 1986, I, p. 857.

creditoria, nel costo che il creditore ha dovuto affrontare per rimpiazzare la mancata disponibilità del denaro per un determinato arco di tempo²⁷⁰.

12. Nell'ambito dell'orientamento esaminato, il danno patito dal creditore "commerciale" ha sempre goduto di un trattamento privilegiato²⁷¹. Può anzi affermarsi che la distinzione tra obbligazioni civili ed obbligazioni commerciali, esclusa dal legislatore del 1942, sia poi rientrata per quella sorta di finestra che ha rappresentato l'onere probatorio in materia di maggior danno.

Si è ricordato come una autorevolissima dottrina ebbe a notare, sin da subito, come il versante che avrebbe posto le maggiori problematiche, in materia di risarcimento del danno da inadempimento delle obbligazioni pecuniarie, sarebbe stato quello dell'onere della prova. Ed infatti, proprio su tale versante, il trattamento assegnato al creditore "commerciale" ha subito una vistosa deroga rispetto a quanto previsto per il comune creditore "civile"²⁷².

²⁷⁰ Il riferimento al "costo di rimpiazzo" è stato elaborato da R. PARDOLESI, *Le sezioni unite su debiti di valuta e inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, cit., p. 1269.

²⁷¹ Le presunzioni esaminate, come ha giustamente rilevato B. INZITARI, *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 1166, sembrano ritagliate più che sulle qualità soggettive dei creditori, sulle operazioni economiche da questi "presumibilmente" poste in essere: il prestito bancario, l'investimento in valori mobiliari, il deposito bancario, l'acquisto di beni di consumo.

²⁷² Trattamento che, svanito il problema dell'inflazione, la giurisprudenza ha iniziato a trattare con maggior cura. Alcune sentenze mostrano fortunatamente che il cammino verso l'abbandono delle presunzioni legate alla qualità imprenditoriale del soggetto leso sono sulla via del tramonto. Cfr. Cass., 1 luglio 1992, 8094, in *Rep. Foro. it.*,

Come noto, la quantificazione dell'obbligazione risarcitoria deve tener conto tanto del danno emergente, quanto del lucro cessante; tanto che l'obbligazione inadempita sia pecuniaria quanto che non sia stato adempiuto qualsivoglia altro rapporto.

Si è visto, inoltre, che a fronte delle difficoltà insite nella dimostrazione del concreto pregiudizio patito, in relazione alla intervenuta svalutazione del valore della somma dovuta, il diritto pretorio si è preoccupato di individuare una serie di presunzioni in virtù delle quali assicurare che quanto non era riconosciuto dal Legislatore, venisse al debitore corrisposto dal Giudice sotto le mentite spoglie di un risarcimento del danno.

Nel far ciò, però, la Giurisprudenza esaminata ha introdotto una forte discriminazione tra i creditori civili, raggruppati nelle categorie del modesto consumatore, del creditore occasionale e del risparmiatore abituale, e creditori commerciali, individuati dalla categoria dell'imprenditore²⁷³.

1992, voce *Danni civili*. Sulla persistenza di tale modello interpretativo si veda, al contrario, Cass., 27 ottobre 2004, n. 20807, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, f. 1, la quale ancora argomenta la propria decisione in via presuntiva sulla scorta dell' "*id quod plerumque accidit*".

²⁷³ Per una compiuta analisi critica delle discrasie evidenziate si vedano: B. INZITARI, *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, cit. p. 1160; P. TARTAGLIA, *Il risarcimento non automatico del danno da svalutazione e le categorie creditorie*, cit., p. 1065; R. PARDOLESI, *Le Sezioni unite su debiti di valuta ed inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, cit., c. 1265; A. AMATUCCI, *Svalutazione monetaria, preoccupazioni della Cassazione e principi non ancora enunciati in materia di computo di interessi*, cit., p. 1540; G. VALCAVI, *Ancora sul risarcimento del maggior danno da mora delle obbligazioni pecuniarie: interessi di mercato o rivalutazione monetaria*, cit., c. 1540; E. QUADRI, *Danni nelle obbligazioni pecuniarie: la via delle sezioni unite all'ulteriore risarcimento*, cit., c. 3035.

I creditori civili identificati nelle categorie del modesto consumatore e del creditore occasionale hanno goduto di presunzioni volte a consentire l'ingresso, per il tramite dell'obbligazione risarcitoria, della rivalutazione del credito secondo indici che adeguassero il valore monetario della prestazione al costo della vita. Il creditore civile più abbiente – risparmiatore abituale – al contrario ha visto rivalutare nel corso degli anni rivalutare il proprio credito in funzione degli investimenti che, presumibilmente, avrebbe posto in essere. In sostanza, mentre il creditore meno abbiente può contare su presunzioni volte a facilitare la prova del danno emergente – maggior costo per l'acquisto dei medesimi beni – il creditore più facoltoso può farsi forte di presunzioni volte a veder risarcito il lucro cessante – mancata redditività degli investimenti che presuntivamente avrebbe posto in essere.

Al creditore commerciale, proseguendo il percorso su di una immaginaria scala di valori che dal più povero sale sino al più ricco, l'orientamento tradizionale assegnava due ordini di presunzioni: la prima relativa al costo del prestito bancario – da ragguagliare al *prime rate* – e la seconda individuata dalla redditività media del capitale impiegato in impresa. L'imprenditore, nel sistema “equitativamente” predisposto dalla Giurisprudenza, veniva in sostanza a contare sulla validità di presunzioni valide tanto per il danno emergente, quanto per il lucro cessante.

Le critiche a tale diverso impiego della prova presuntiva non sono mancate, ma non hanno impedito il consolidarsi di una regola che, posta l'omogenità disciplinare voluta dal Legislatore in materia di obbligazioni, non pare perfettamente aderente al dettato codicistico. L'evoluzione normativa, come si è avuto modo di verificare, se da un lato ha risolto il problema della perdita di valore della prestazione dovuta in relazione alla categorie creditorie “civili”, pare peraltro aver confermato che la disciplina della responsabilità debba godere di una tutela

differenziata allorquando le parti coinvolte siano parti imprenditoriali²⁷⁴.

La correttezza di tale affermazione sarà verificata nel corso del prosieguo della trattazione.

²⁷⁴ Cfr. D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231- Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e la disciplina dettata in materia di risarcimento del danno nella subfornitura.

CAPITOLO TERZO

**INTERESSI MORATORI, RISARCIMENTO DEL DANNO E “LOTTA”
AL RITARDO DI PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI
COMMERCIALI.**

SOMMARIO: 1. Il problema della “lotta” ai ritardi di pagamento nell’ottica dell’intervento comunitario. Nomogenesi della direttiva 2000/35/CE. La responsabilità civile quale strumento di sanzione dell’inadempimento. – 2. Profili di ammissibilità della funzione sanzionatoria della responsabilità civile. Estraneità funzionale tra art. 3 d. lgs ed art. 1224. – 3. Esame della fattispecie prevista dal d. lgs. 231/2002 ed enucleazione delle differenze strutturali tra questa ed il fatto generatore dell’obbligo di risarcire il danno ex art. 1224. Imputabilità dell’inadempimento ed obbligo di versare gli interessi moratori. – 4. Segue: i termini di pagamento ex art. 4 decreto ed il tempo dell’adempimento ex art. 1183. Non assimilabilità. – 5. L’obbligazione risarcitoria tra ragionevolezza, proporzionalità e trasparenza. – 6. Il risarcimento dei costi di recupero e del maggior danno. L’integrale ristoro del danno patito dal creditore quale momento ulteriore rispetto all’obbligo di versare interessi moratori. – 7. Termini di pagamento e saggio dell’interesse moratorio nella disciplina della subfornitura: affinità e differenze con le disciplina del ritardo di pagamento. – 8. Profili di rilevanza sistematica della disciplina esaminata: tutela del contraente debole e principio di eguaglianza. – 9. Segue: il principio di ragionevolezza quale strumento di tutela del diritto del creditore all’integrale risarcimento del danno e del diritto del debitore alla estinzione del vincolo mediante l’adempimento dell’obbligazione risarcitoria.

1. Con la legge n. 18 giugno 1998, n. 192 - Disciplina della subfornitura nelle attività produttive - prima, e con il d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 – Attuazione della direttiva 2000/35/CE

relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – poi, si è concluso un *iter* legislativo, non breve, mediante il quale si è tentato di porre in essere meccanismi di tutela idonei a risolvere le problematiche discendenti dalla pratica, usuale in campo commerciale, di procrastinare nel tempo il pagamento dei corrispettivi dovuti per le prestazioni di merci e servizi²⁷⁵. L'esame di tale complesso *iter*, se da un lato conferma l'importanza del tema trattato, si rende d'altro canto necessario al fine di evidenziare il rapporto tra i principi e le regole poste dalla legislazione speciale²⁷⁶, nonché per chiarire le relazioni

²⁷⁵ Vi è in generale accordo circa la comune origine dei due provvedimenti indicati, peraltro confermata dall'esigenza di armonizzazione delle due discipline espressa peraltro anche dalla unificazione, operata dal d.lgs. 231/2002, del tasso di interesse moratorio. Esplicitamente nel senso che i due provvedimenti costituiscono due momenti di un unitario iter legislativo G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi di pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, pp. 14. Notano sul punto R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio p prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 715, in nota: "L'attenzione delle istituzioni europee alla subfornitura nasce per tempo, ma è solo di recente che le stesse istituzioni hanno impresso un'accelerazione alle iniziative indirizzate verso i risvolti patologici delle situazioni di disparità contrattuale (v. la Comunicazione della Commissione dal titolo *Sviluppo della subfornitura nella Comunità* del 30 agosto 1989). Volendo fornire un quadro semplificato di tali iniziative, si può dire che esse si articolano su due piani: uno specifico, riguardante la subfornitura, ed uno generale, concernente l'intero settore delle relazioni contrattuali tra le imprese".

²⁷⁶ Come rilevato anche da M. GRONDONA, *Introduzione: dalla direttiva n. 2000/35/CE al d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, in A. M. BENEDETTI (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, p. 1, l'esame del concreto nesso logico e

intercorrenti tra l'intervento settoriale e la generale disciplina dell'inadempimento dettata dal codice civile²⁷⁷.

Il primo documento dal quale sia possibile evincere l'attenzione degli organismi comunitari sul tema risale al 30 giugno 1993²⁷⁸, allorquando il Comitato economico e sociale, paventando la possibilità che lo squilibrio di forza contrattuale tra

giuridico ravvisabile tra i principi posti dalla direttiva e le regole che dai principi posti questa intende far discendere, risponde alla "necessità pratica di valutare l'efficacia del mezzo (la regola) rispetto al fine prefissato (l'obiettivo di politica del diritto, espresso dal principio di diritto)".

²⁷⁷ La problematica del coordinamento tra la disciplina settoriale e quella generale dettata dal codice agli artt. 1218 e ss. è stata chiaramente sentita dalla totalità della dottrina che si è occupata del tema. Pur rimandando al prosieguo dell'analisi per l'enucleazione delle diverse posizioni espresse sul punto, si possono sin d'ora segnalare i seguenti contributi: L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, pp. 73 ss.; A. ZACCARIA, *La Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2001, pp. 259 ss.; G. FAUCEGLIA, *Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2001, pp. 307 ss.; M. BALESTRIERI, *Legge n. 39 del 1° marzo 2002: art. 26, criteri per l'attuazione della direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Diritto & Formazione*, 2002, pp. 961 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi di pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., pp. 1 ss.; A. FRIGNANI – O. CAGNASSO, *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2003, pp. 308 ss. Per un esame complessivo del tessuto normativo del d. lgs. 231/2002 si veda G. DE NOVA – S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali – D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, Milano, 2003.

²⁷⁸ Parere del Comitato economico e sociale del 30 giugno 1993, in GUCE n. C. 249 del 13 settembre 1993, 21.

imprenditori potesse dar luogo a “transazioni non eque”, auspicava l’adozione di una Raccomandazione²⁷⁹. Le linee guida di tale intervento programmatico vennero individuate nella necessità di imporre rigidi termini di pagamento, dalla scadenza dei quali far discendere la immediata ed automatica costituzione in mora del debitore. Ad indurre il Comitato a richiedere l’adozione del provvedimento fu la considerazione che le notevoli divergenze fra le pratiche commerciali esistenti fra i diversi Stati membri avrebbero potuto nuocere al buon funzionamento del mercato interno, incidendo negativamente sull’intensificazione degli scambi transfrontalieri²⁸⁰. A tale primo invito faceva eco il Parlamento Europeo, il quale, nel quadro di un complessivo programma di tutela delle PMI e dell’artigianato, invitava la Commissione ad adottare atti vincolanti a tutela degli operatori commerciali di modeste dimensioni²⁸¹.

²⁷⁹ Lo strumento della Raccomandazione, previsto e disciplinato dall’art. 249 - ex 189 - del Trattato CE, viene, come noto, adottato qualora i principi ed i metodi auspicati non possano essere ritenuti vincolanti, in quanto non immediatamente diretti a disciplinare il funzionamento del mercato comune.

²⁸⁰ Esplicitamente in tal senso si è espresso R. CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 802.

²⁸¹ Risoluzione sulla comunicazione concernente la messa in atto di un programma integrato a favore delle piccole e medie imprese, A\$-0022/94 del 24 ottobre 1994, in GUCE n. C,323 del 21 novembre 1994, 19. Nota R. CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, cit., p. 803, come la scelta di favorire le esigenze delle sole PMI si giustifichi sulla scorta della maggiore vulnerabilità di queste rispetto al problema dei ritardi di pagamento, per l’assenza di strumenti idonei a sopportare i costi derivanti dal ritardo. Deve condividersi la conclusione cui giunge l’autore, secondo il quale il ritardo nei pagamenti integra una “una micidiale arma per distorcere la competitività delle imprese”.

La scelta operata da parte della Commissione, di adottare la via dell'interevento non vincolante²⁸², si risolse in un evidente insuccesso, tant'è che il Parlamento si vide costretto a chiedere alla Commissione di prendere in considerazione l'ipotesi di trasformare la propria raccomandazione in una proposta di direttiva²⁸³.

Prende le mosse da tale Relazione un mutato clima politico, che verrà poi a tradursi nel Piano d'azione per il mercato unico proposto dalla Commissione il 4 giugno 1997²⁸⁴, in virtù del quale la problematica esaminata inizierà ad essere esaminata nella prospettiva di evitare che il fenomeno dei ritardati pagamenti

²⁸² Raccomandazione 12 maggio 1995 in GUCE, n. L, 127 del 10 giugno 1995, 19.

²⁸³ Si veda la Relazione del Parlamento Europeo sulla Raccomandazione della Commissione riguardante i termini di pagamento nella transazioni commerciali dell'8 maggio 1996, A4-0161/96, reperibile nella banca dati Eudor, in www.eudor.com, nella quale il Parlamento, al punto 5, poneva quale obiettivo la fissazione di termini di pagamento prestabiliti, in funzione di tutela della PMI, limitando, ove necessario, anche la libertà contrattuale delle imprese. La compromissione della autonomia privata veniva indicata quale sacrificio necessario al fine di "aumentare la fiducia nel mercato interno, grazie alla fissazione di norme chiare, all'eliminazione di prassi di pagamento sleali attraverso una definizione delle norme di base, e alla creazione di un mercato privo di ostacoli al credito associata all'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri ampiamente divergenti". A tal fine il documento enucleava la nozione di un "diritto statutario all'interesse" sui debiti non pagati, indicativo anche di una misura sanzionatoria idonea ad indurre i debitori di somme di denaro ad adempiere puntualmente.

²⁸⁴ Reperibile in www.eudor.it.

potesse tradursi in un intralcio al Mercato unico europeo²⁸⁵. Nella proposta di direttiva che ne scaturirà²⁸⁶, infatti, l'obiettivo da conseguire viene esplicitamente individuato nella necessità di evitare che la disomogeneità fra le normative dei singoli Stati continui a limitare le transazioni commerciali, contraddicendo l'art. 14 CE – ex 7A – “secondo il quale gli operatori economici dovrebbero essere in grado di svolgere le proprie attività in tutto il mercato interno in condizioni che garantiscano che le operazioni transfrontaliere non comportino rischi maggiori di quelle interne”²⁸⁷.

Tale ultima considerazione merita un ulteriore approfondimento, per le implicazioni che ha avuto sulla adozione della direttiva 2000/35/CE. Nel momento in cui il Consiglio ed il Parlamento Europeo iniziarono l'esame della proposta, si pose la necessità, preliminare, di verificare la legittimità di un provvedimento di matrice comunitaria che mirasse ad intervenire, seppur in maniera settoriale, nel corpo vivo delle legislazioni nazionali, in un tema importante quale quello della responsabilità

²⁸⁵ In tale prospettiva, inizia a delinearsi la *ratio* della emananda direttiva, che veniva inquadrata nel più ampio ambito delle azioni volte ad eliminare gli ostacoli settoriali alla integrazione dei mercati.

²⁸⁶ Proposta di direttiva presentata dalla Commissione UE il 23 aprile 1998, in www.eudor.it.

²⁸⁷ Cfr. 9° considerando della proposta di direttiva. La proposta si fonda sulla differenziazione di regime tra transazione commerciali, concluse fra operatori privati e/o autorità pubbliche e contratti di appalto pubblici. Per i primi la proposta delinea un sistema caratterizzato da una disciplina destinata ad operare in assenza di previsioni negoziali, fondata sulla decorrenza automatica degli interessi dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, senza necessità di formale costituzione in mora. Il progetto è completato dalla previsione di una norma in tema di riserva di proprietà (art. 4) e da alcune disposizioni di carattere processuale (artt. 5 e 6).

civile²⁸⁸. Occorreva, in definitiva, verificare che l'iniziativa legislativa rispondesse ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, verifica il cui esito positivo²⁸⁹ è stato ancorato proprio alla immediata rilevanza che la problematica esaminata aveva per il buon funzionamento del mercato interno²⁹⁰.

La rispondenza ai richiamati principi, se da un lato giustificava l'intervento comunitario, dall'altro ne indicava però la *ratio*, contribuendo, come si avrà modo di verificare, sia all'identificazione dei principi la cui tutela questo intendeva promuovere, sia alla specificazione dei contenuti delle regole che dovevano garantire l'effettività di tali principi. Non è infatti considerazione di poco momento quella secondo cui gli strumenti di lotta ai ritardi di pagamento pongono la tutela della situazione giuridica creditoria quale momento non finale, ma bensì strumentale, nell'ottica di una disciplina la quale viene ad utilizzare

²⁸⁸ Preoccupazione sollevata dalla Commissione Giuridica per i diritti dei cittadini alla riunione del 23 luglio 1998.

²⁸⁹ Parere del Comitato economico e sociale in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in GUCE, n. C 407/50 del 28 dicembre 1998.

²⁹⁰ Come nota R. CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, cit., 2002, p. 805, in nota n. 26: "Tuttavia non può disconoscersi che i risvolti transfrontalieri delle vicende connesse ai ritardati pagamenti costituivano, alla stregua dell'art. 73 M del trattato CE introdotto dal Trattato di Amsterdam – che ha prodotto la 'comunitarizzazione' della cooperazione giudiziaria -, una solida base giuridica alla direttiva sui ritardati pagamenti, proprio perché le misure introdotte si rendevano assolutamente necessarie per il buon funzionamento del mercato interno ". Le preoccupazioni individuate al 9° considerando della proposta, deve condividersi, erano tali da fondare giuridicamente la legittimità dell'intervento in virtù dell'art. 95 del Trattato, nel pieno rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

l'obbligazione risarcitoria quale mezzo di protezione non più della sfera patrimoniale del creditore, ma del buon funzionamento del mercato.

In virtù di tale considerazione l'impianto normativo della direttiva muta radicalmente, assumendo il duplice obiettivo di combattere i ritardi di pagamento e di ridurre i termini di pagamento, assumendo profili imperativi che prima gli erano estranei²⁹¹: nel far ciò si inserì l'emananda direttiva nel solco dei principi e dei provvedimenti che hanno dettato la disciplina sulle clausole abusive a tutela del consumatore²⁹².

²⁹¹ Nota infatti R. CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, cit., p. 806, come la Posizione Comune del Consiglio del 29 luglio 1999, in virtù della diversa prospettiva evidenziata, pur riconoscendo il valore dell'autonomia privata, chiarisca per la prima volta in termini espliciti che questa non può risolversi in un abuso in danno del creditore. La Posizione comune, infatti, elimina il carattere dispositivo della disciplina, imponendo una regolamentazione che si assume protettiva della parte che si reputa più vulnerabile (il creditore di importi dovuti da grandi fornitori e/o pubbliche amministrazioni).

²⁹² In tal senso R. CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, cit., p. 807, secondo il quale "a ben vedere, infatti, le esigenze sottese alla tutela del creditore muovono dalla consapevolezza che, soprattutto nel campo delle piccole e medie imprese, si verificano situazioni di sostanziale asimmetria fra le parti che poco o nulla si distinguono da quegli stessi squilibri che la dir. 93/13/CEE intese apertamente eliminare approntando una tutela ai 'consumatori non professionisti'. L'impostazione prescelta risulta peraltro confermata dai principi europei del diritto dei contratti elaborati dalla Commissione Lando, i quali, all'art. 4:109, individuano nello squilibrio contrattuale un fenomeno proprio di qualsivoglia forma di negoziazione.

I ritardi di pagamento, per la loro attitudine ad incidere negativamente sui flussi di cassa delle piccole imprese²⁹³, sono in grado di limitare gravemente le transazioni commerciali tra Stati membri²⁹⁴, sicché si individua negli interessi dovuti in ipotesi di ritardo lo strumento posto al fine di tutelare il buon funzionamento del mercato²⁹⁵, imponendo un modello

²⁹³ Rileva, con specifico riferimento alla disciplina del contratto di subfornitura, A. LORDI, *Sulla ragionevolezza dei termini di pagamento nella subcontrattazione: profili comparativi*, in *Contratto e impr.*, 2001, p. 718, come il conflitto di interessi che la normativa esaminata deve comporre sia quello “tra la tutela del flusso di cassa (*cash flow*) del contraente principale e la tutela del flusso di cassa del subcontraente”.

²⁹⁴ Considerazione, questa, fatta propria anche dalla Relazione della Commissione dell'1 marzo 2001, *Costruire un'Europa imprenditoriale. Le attività dell'Unione a favore delle piccole e medie imprese (PMI)*, la quale rileva come i ritardi di pagamento costituiscano la causa di un fallimento su quattro, con la perdita di 450.000 posti di lavoro all'anno e la crescita vertiginosa dei debiti, con gravissima limitazione delle transazioni commerciali fra gli Stati membri.

²⁹⁵ Nota sul punto R. CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, cit., p. 807, come possa identificarsi una comune *ratio* nella adozione delle direttive poste a tutela del consumatore e delle piccole imprese: così come le prime appaiono funzionali allo sviluppo del commercio e del mercato unico secondo “schemi concorrenziali equi”, le seconde appaiono volte alla identificazione di limiti alla autonomia negoziale degli imprenditori, i quali, “paralizzando contrattazioni formalmente coperte dalla logica del *laissez faire*, favoriscano lo sviluppo di un mercato equilibrato e concorrenziale”. Nel medesimo senso anche G. FAUCEGLIA, *Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 313, il quale rileva come in ambito sopranazionale il problema del ritardo nell'adempimento sia stato affrontato al fine di ordinare il mercato unico, cercando di evitare

concorrenziale nel quale tutti gli attori siano chiamati a tenere comportamenti contrattuali improntati a lealtà e correttezza²⁹⁶.

La scelta di fondo viene a tradursi nella identificazione di un complesso di regole che, se da un lato impongono la corresponsione di un elevatissimo tasso di interessi moratori che viene ad affiancarsi ad una esaustiva obbligazione risarcitoria²⁹⁷, dall'altro predispongono strumenti di tutela collettiva che ricordano da vicino l'esperienza maturata in sede di emissione

che alcuni attori acquisissero vantaggi competitivi, mediante l'abuso di posizioni dominanti sui mercati nazionali.

²⁹⁶ Sul punto L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 73 s., individua la *ratio* della direttiva nella necessità di superare gli ostacoli al buon funzionamento del mercato unico, evitando distorsioni della concorrenza, mediante un'opera di "moralizzazione" dei rapporti commerciali, che affida ai giudici degli Stati membri l'elaborazione di criteri di correttezza più avanzati di quelli correnti". Non appare peraltro superfluo ricordare, riservandoci di affrontare con maggior approfondimento il tema in sede di conclusioni, come una simile idea di mercato sia peraltro l'unica pienamente conforme al principio che, sancito all'art. 2 Cost., impedisce che vengano tutelati dall'ordinamento rapporti obbligatori non solidali.

²⁹⁷ L'articolato definitivo della direttiva, infatti, in contrasto con la Posizione Comune espressa dal Consiglio, consente al creditore di esigere non solo gli interessi, quantificati mediante un saggio particolarmente elevato, ma anche il risarcimento dei costi di recupero e di tutti gli altri danni subiti in conseguenza del ritardo. Se a tale considerazione si aggiunge che la medesima direttiva, come si avrà modo di verificare, lascia libera la possibilità che i singoli Stati pongano in essere normative più favorevoli per il creditore, si dovrà concludere che le misure concepite in danno del creditore si pongano in funzione prevalentemente dissuasiva nei confronti di condotte di pagamento dilatorie.

della direttiva 93/13/CEE in materia di contratti stipulati tra professionisti e consumatori²⁹⁸.

Alla applicazione della disciplina dettata dalla Direttiva 2000/35/CE, poi demandata dal Legislatore nazionale ad uno o più decreti legislativi²⁹⁹, si è giunti mediante il d.lgs 9 ottobre 2002, n. 231³⁰⁰. Prima di procedere al raffronto tra il testo della direttiva e quello del decreto legislativo d'attuazione, giova premettere talune, prime, conclusioni relative al rapporto tra risarcimento del danno da inadempimento delle obbligazioni pecuniarie e lotta ai ritardi di pagamento.

Il provvedimento di matrice comunitaria trae spunto da alcune considerazioni di carattere empirico, già esaminate, il cui sintetico richiamo si rende necessario al fine di evidenziare la *ratio* dell'intervento normativo esaminato.

I termini di pagamento eccessivamente lunghi, da un lato, ed i ritardi di pagamento rispetto a tali termini, dall'altro,

²⁹⁸ Considerazione che induce R. CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, cit., p. 808 alla – condivisibile – conclusione che lo strumento normativo predisposto in sede comunitaria sia funzionalmente indirizzato verso la sanzione del fenomeno dell'abuso di libertà contrattuale in danno del creditore.

²⁹⁹ Cfr. Art. 26 della Legge comunitaria 2001, in G.U. 26 marzo 2002, n. 72, supp. ord. n. 54. Si veda, in particolare, G. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2002, p. 628, il quale correttamente rileva che “scopo del potere delegato al Governo è quello di contrastare i ritardi di pagamento ‘che costituiscono un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno e di garantire l'applicazione di norme uniformi sia alle operazioni interne che a quelle transfrontaliere”.

³⁰⁰ Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in G.U. 23 ottobre 2002, n. 249.

costituiscono un pesante onere finanziario ed amministrativo per le piccole e medie imprese, risolvendosi in una delle maggiori cause di insolvenza e di perdita di posti di lavoro³⁰¹. La circostanza, poi, che la problematica rappresentata goda di diversa disciplina da parte degli Stati membri³⁰², costituisce un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno³⁰³, sia in quanto fonte di illegittimi vantaggi concorrenziali a favore di particolari categorie di competitori, sia in quanto comporta per taluni operatori l'assunzione di rischi maggiori rispetto a quelli connessi allo svolgersi della loro fisiologica attività d'impresa³⁰⁴.

Evidenziata la problematica, se ne individua con esattezza anche la causa: se, infatti, i ritardi di pagamento costituiscono una “violazione contrattuale resa finanziariamente attraente” a causa

³⁰¹ Cfr. il settimo considerando premesso alla direttiva, cit.: “I periodi di pagamento eccessivi e i ritardi di pagamento impongono pesanti oneri amministrativi e finanziari alle imprese, ed in particolare a quelle di piccole e medie dimensioni. Inoltre tali problemi costituiscono una tra le principali cause d'insolvenza e determinano la perdita di numerosi posti di lavoro”.

³⁰² Cfr. l'ottavo considerando premesso alla direttiva, cit.: “In alcuni Stati membri i termini contrattuali di pagamento differiscono notevolmente dalla media comunitaria”.

³⁰³ Cfr. il nono considerando premesso alla direttiva, cit.: “Le differenze tra le norme in tema di pagamento e le prassi seguite negli Stati membri costituiscono un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno”.

³⁰⁴ Cfr. il decimo considerando premesso alla direttiva, cit.: “Tale situazione limita notevolmente le transazioni commerciali tra gli Stati membri, ciò contrasta con l'art. 14 del trattato, secondo il quale gli operatori economici dovrebbero essere in grado di svolgere le proprie attività in tutto il mercato interno in condizioni che garantiscano che le operazioni transfrontaliere non comportino rischi maggiori di quelle interne. L'applicazione di norme sostanzialmente diverse alle operazioni interne e a quelle transfrontaliere comporterebbe la creazione di distorsioni alla concorrenza”.

dei bassi livelli del tasso di interessi di mora e delle pastoie procedurali che imbrigliano le azioni di stragiudiziale del credito³⁰⁵, particolari posizioni di forza contrattuale, dall'altro, consentono a categorie di creditori forti di imporre termini di pagamento eccessivamente lunghi in danno del creditore³⁰⁶.

Individuato il problema ed evidenziatane la causa, se ne indica la soluzione: la "lotta" contro i ritardi di pagamento passa attraverso l'utilizzo concomitante di due diversi strumenti, dei quali l'uno – l'obbligazione risarcitoria – ha lo scopo di dissuadere il debitore più smaliziato dal tenere condotte dilatorie e l'altro – la proibizione dell'abuso di libertà contrattuale – la funzione di porre nel nulla eventuali pattuizioni volte a procrastinare il tempo dell'adempimento in danno delle ragioni creditorie. Il tutto assicurato dall'implementazione di procedure esecutive particolarmente agili che rendano concreta la tutela assegnata al creditore mediante lo strumento dell'obbligazione risarcitoria³⁰⁷.

³⁰⁵ Cfr. il sedicesimo considerando premesso alla direttiva, cit.: "I ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati membri per i bassi livelli dei tassi degli interessi di mora e/o dalla lentezza delle procedure di recupero. Occorre modificare decisamente questa situazione anche con un risarcimento dei creditori, per invertire tale tendenza e per far sì che un ritardo di pagamento abbia conseguenze dissuasive". Curiosamente riecheggiano nelle parole della direttiva le considerazioni già da tempo svolte da parte della dottrina italiana. Si veda R. PARDOLESI, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*, cit., pp. 2624, che indicava nell'appetibilità dell'inadempimento il fattore in base al quale il debitore sceglie se rispettare, o meno, gli impegni assunti.

³⁰⁶ Cfr. il diciannovesimo considerando premesso alla direttiva, cit.: "La presente direttiva dovrebbe punire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore".

³⁰⁷ Cfr. il ventesimo considerando premesso alla direttiva, cit.: "Le conseguenze del ritardo possono risultare dissuasive soltanto se

Quanto evidenziato rende ineludibile la necessità di interrogarsi circa l'attuale applicabilità della disciplina generale dell'inadempimento alle "transazioni commerciali"³⁰⁸. È evidente che la struttura predisposta al fine di "combattere" i ritardi di pagamento ha poco, se non nulla, in comune con la struttura mediante la quale il legislatore nazionale, agli artt. 1218 e ss. del codice civile, risolve la problematica del risarcimento del danno da inadempimento. Nell'ottica del Legislatore del 1942, deve ritenersi che tanto l'interesse moratorio quanto l'obbligo di risarcire il danno non siano "strumenti di lotta" contro l'inadempimento. Laddove la direttiva 2000/35/CE predispone una struttura che ha la funzione di imporre l'adempimento, il codice civile ne predispone un'altra che, preso atto dell'inadempimento, ha la funzione di rimuovere le conseguenze pregiudizievoli che da questo discendono nella sfera patrimoniale del creditore. Mentre l'interesse moratorio assegnato al creditore dall'art. 1224 ha la funzione di assicurare la naturale fecondità di un debito di denaro che sia certo, liquido ed esigibile, l'interesse moratorio che il Legislatore comunitario assegna al creditore commerciale ha la funzione di indurre il debitore a "stare ai patti", ad adempiere entro il termine posto, convenzionale o legale che sia.

accompagnate da procedure di recupero rapide ed efficaci per il creditore".

³⁰⁸ A tal fine, si deve condividere l'impostazione prescelta da parte della dottrina, secondo la quale nella individuazione dei rapporti tra disciplina interna e disciplina di derivazione comunitaria, e di fondamentale importanza l'individuazione, mediante l'esame dei considerando, della ratio e dei fini di tutela perseguiti dagli interventi attuativi di normative comunitarie. In tal senso, tra gli altri, A. ZACCARIA, *La direttiva n. 2000/35/CE relativa alla lotta ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 261. e M. GRONDONA, *Introduzione: dalla direttiva n. 2000/35/CE al d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, cit., pp. 1 ss.

Da ciò pare possibile desumere due prime, seppur sommarie, conclusioni.

Non può condividersi – prima conclusione - l'affermazione che obiettivo di politica del diritto perseguito dalla direttiva sia tutelare il creditore dal rischio di un ritardo nel conseguimento della somma dovuta³⁰⁹: il fine prefissato è la tutela del buon funzionamento di un mercato nel quale i diversi competitori siano soggetti tutti alle medesime regole, senza che sia possibile acquisire vantaggi competitivi sfruttando posizioni di vantaggio garantite da legislazioni non uniformi. In tale ottica l'obiettivo di politica del diritto perseguito non è assicurare l'integrale ristoro del danno patito dal creditore, ma evitare che tale danno si produca³¹⁰.

³⁰⁹ In tal senso M. GRONDONA, *Introduzione: dalla direttiva n. 2000/35/CE al d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, cit., p. 3, secondo il quale: "L'obiettivo di politica del diritto che la direttiva ha voluto perseguire si manifesta con chiarezza in tutta la sua forza fin dall'intestazione: tutelare il creditore dal rischio di non ricevere il pagamento nel tempo dovuto".

³¹⁰ In tal senso G. ROSSI, *Il ritardo di pagamento imputabile al creditore*, in *Contratto e impr.*, 2004, p. 567, secondo il quale la portata della disposizione che prevede l'obbligo di corrispondere l'interesse moratorio "si può ben comprendere alla luce dello scopo dichiarato dalla direttiva: garantire un valido ristoro al patrimonio del creditore a seguito della lesione da esso subita, ma soprattutto reprimere il ritardo nel quadro di una vera e propria lotta contro lo stesso". Dal che deve desumersi che lo strumento che il legislatore nazionale è chiamato a predisporre sarà conforme al fine perseguito solo ove sia in grado di dissuadere il debitore dal ritardare il pagamento. Il legislatore comunitario ha imposto agli Stati membri l'adozione di un provvedimento che assicuri che il debitore adempia alla naturale scadenza dell'obbligazione e non oltre. L'obbligazione che discende dall'inadempimento ha quindi lo scopo di evitare che si produca tale eventualità. Ciò impone di considerare tale obbligazione non nell'ottica

Ciò implica – seconda considerazione – che, dinanzi alla evidenziata diversità funzionale dell'interesse moratorio e dell'obbligazione risarcitoria, l'interprete abbia solo due possibilità ermeneutiche, nel tentativo di collocare sistematicamente la legislazione speciale nell'ambito dei principi generali: considerare che, in virtù della prescrizione comunitaria, l'interesse moratorio sia tornato a svolgere l'originaria funzione di predeterminazione forfetaria del danno patito dal creditore³¹¹, ovvero assumere che la

- recuperatoria – del rapporto tra debitore e creditore, ma in quella – sanzionatoria – del rapporto tra debitore e precetti posti dall'ordinamento, consentendo l'adozione di misure normative di carattere punitivo svincolate dall'effettivo danno patito dal creditore. La diversità funzionale che si è ritenuto possibile evidenziare risulta peraltro confermata dalla Relazione governativa al d.lgs. 231/2002, la quale precisa come l'interesse moratorio rientri tra i “rimedi incentrati nel forte contenuto dissuasivo”, volti a rimuovere gli ostacoli al buon funzionamento del mercato interno.

³¹¹ L'interesse legale moratorio ex art. 1224, come si è già avuto modo di verificare, costituiva storicamente una eccezionale forma di risarcimento forfetario del danno, prevista nell'ambito di un sistema di segno opposto, fondato sul netto disfavore nei confronti delle *usurae*. In tale prospettiva, che si è ritenuto essere ormai inconciliabile con la regola sancita all'art. 1282, potrebbe essere accolta una interpretazione volta a qualificare la eccezionalità del rimedio previsto dalla d.lgs. 231/2002 nei termini di un recupero dell'originaria funzione dell'interesse legale moratorio. Una impostazione del genere implicherebbe la considerazione che il legislatore, preso atto che nel settore dei rapporti commerciali il denaro viene usualmente utilizzato per impieghi più redditizi rispetto alla redditività presunta quantificata dall'interesse legale, abbia predisposto un sistema risarcitorio in linea con un maggiore rendimento presunto del denaro una volta impiegato in un ciclo produttivo di tipo imprenditoriale.

normativa di recepimento abbia introdotto nel sistema una sanzione di carattere civilistico³¹².

L'accoglimento della prima ipotesi ricostruttiva implicherebbe, nell'analisi del concreto rapporto tra art. 1224 ed art. 3 del d.lgs 231/2002, la considerazione della inapplicabilità del primo comma dell'art. 1224 ai rapporti commerciali, inducendo la necessità sistematica di costruire una autonoma categoria di obbligazioni – quelle commerciali appunto – disciplinata da una normativa diversa da quella prevista per le obbligazioni in generale³¹³. Conclusione, quest'ultima, che appare di difficile praticabilità, in quanto in netto contrasto con la scelta unificatrice operata dai compilatori del codice.

Ove, al contrario, si accedesse ad una ricostruzione in chiave sanzionatoria dell'istituto di matrice comunitaria, individuandone la funzione non nella tutela del singolo creditore rimasto insoddisfatto, ma nella tutela di un interesse – il buon funzionamento del mercato interno – di carattere superindividuale, ciò consentirebbe di inserire con maggiore

³¹² Questa sembra essere la posizione espressa unanimemente dai commentatori della direttiva, prima, e del decreto legislativo di attuazione poi. Deve rammentarsi peraltro come siano già presenti nel sistema misure di carattere sanzionatorio, poste a tutela dell'osservanza di precetti di carattere costituzionale. Si pensi alla tutela privilegiata assegnata dall'art. 429 c.p.c. ai crediti pecuniari di lavoro, ovvero al risarcimento del danno all'ambiente disciplinato dall'art. 18 della legge 8 luglio 1986 n. 349.

³¹³ In tal senso sembra essersi espresso R. CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, cit., p. 814: “Quel che pare profilarsi comunque all'orizzonte è la costituzione di una nuova categoria di creditori cui l'ordinamento intende apprestare una tutela più accentuata e quasi privilegiata rispetto a quella ordinaria”.

sistematicità la novità normativa introdotta dal decreto legislativo di attuazione³¹⁴.

Per accogliere tale seconda prospettiva, che risulta essere la più aderente sia alla storia che alla funzione della normativa esaminata, è però necessario verificare la conformità al dettato costituzionale ed ai principi generali della responsabilità civile di una sanzione posta a tutela di un bene, il mercato interno, di non immediata rilevanza costituzionale.³¹⁵

2. Il dibattito relativo alla ammissibilità di misure sanzionatorie di carattere civilistico non è nuovo³¹⁶.

³¹⁴ In tale ottica, infatti, il diverso trattamento di cui verrebbe a godere il creditore commerciale sarebbe giustificato dalla circostanza che tale maggiore tutela risulti strumentale rispetto alla tutela di un bene giuridico superiore, la cui protezione si giustifica quale interesse comune della intera collettività.

³¹⁵ Si deve anche in tal caso condividere l'esigenza sistematica evidenziata da R. CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, cit., p. 814, nel rilevare la necessità di “valutare l'impatto di un sistema di tutela che intende dichiaratamente approntare una tutela pozione ai crediti delle piccole imprese individuando precetti di rango sopranazionale a presidio di tali esigenze”. Deve, peraltro, ritenersi, e di ciò ci si occuperà nel prosieguo dell'analisi, che la normativa speciale esaminata sia in grado di interagire con il sistema, consentendo una applicazione in via analogica anche ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle espressamente indicate. Resta però l'esigenza di giustificare sistematicamente l'utilizzo in chiave sanzionatoria dell'istituto della responsabilità civile.

³¹⁶ Per un esame di tale tale dibattito si veda M. S. ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 396, in particolare per l'attenzione posta alla ricostruzione dell'origine storica del fenomeno esaminato. Si veda altresì, G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 316, secondo il quale gli obiettivi di un moderno sistema di responsabilità

Nell'ambito di tale dibattito si è già da tempo evidenziato come la ammissibilità, in via generale, di tali misure riposi sulla esigenza di ogni ordinamento di dare effettività e significatività alle regole ed ai principi di cui questo si rende portatore³¹⁷.

Se risulta per lo più condiviso che la struttura predisposta dall'ordinamento a tutela del creditore deluso³¹⁸ si muove entro i confini di una logica eminentemente riparatoria – risarcitoria³¹⁹, non è però escluso, e l'ordinamento ne ha dato prova in diversi ambiti, che al fine di tutelare particolari interessi di rango costituzionale, l'istituto in esame possa essere utilizzato anche al di là del singolo rapporto obbligatorio rimasto inadempito³²⁰.

civile sono: a) garantire il ristoro dei danni concretamente patiti (*compensation*); b) agire sui potenziali danneggianti in modo da evitare il ripetersi della condotta lesiva (*deterrence*); c) punire il danneggiante con sanzioni civilistiche qualora la condotta appaia particolarmente lesiva in relazione agli interessi tutelati dall'ordinamento (*punishment*). L'esistenza di sanzioni civili in un sistema di *civil law*, precisa però l'Autore, desta notevoli problemi in relazione all'inquadramento costituzionale delle diverse fattispecie sanzionatorie rinvenibili a livello di legislazione secondaria. In giurisprudenza il riferimento, obbligato, è a Corte Cos., 18 luglio 1986, n. 184, in *Giust. Civ.*, 1986, I, p. 396: "Il risarcimento del danno ex art.2043 è sanzione esecutiva del precetto primario" – la norma costituzionale – "ed è la minima (a parte il risarcimento ex art.2058 c.c.) delle sanzioni che l'ordinamento appresta per la tutela di un interesse".

³¹⁷ N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1969, p. 530.

³¹⁸ Sia che tale delusione dipenda dal mancato rispetto degli impegni assunti sia che si ponga quale conseguenza della violazione del generale precetto del *neminem laedere*.

³¹⁹ C. SALVI, *Risarcimento del danno extracontrattuale e 'pena privata'*, in F.D. BUSNELLI E G. SCALFI (a cura di) *Le pene private*, Milano, 1985, p. 530.

³²⁰ Si pensi, in via esemplificativa, alla normativa di carattere risarcitorio posta a tutela dei marchi e dei brevetti, all'art. 18 della legge 300/1979, all'art. 12 della legge sulla stampa ovvero ancora all'art. 18 della legge

Ciò che si è in generale evidenziato è che la ammissibilità di tali rimedi riposa sulla previsione di una norma di carattere generale³²¹, posta a tutela di interessi superindividuali, che preveda un rimedio straordinario consistente nel pagamento di una somma di denaro³²², nell'ipotesi in cui la condotta censurata sia imputabile, secondo gli ordinari criteri, al soggetto danneggiante³²³.

Requisiti tutti presenti nell'ipotesi esaminata, posto che la tutela del buon funzionamento del mercato interno, rientra anche tra gli interessi di carattere generale tutelati dall'ordinamento italiano, per effetto dell'adesione all'ordinamento comunitario. Conclusione, quest'ultima, ulteriormente confermata dalla conformità della disposizione comunitaria al generale precetto costituzionale che indica la solidarietà sociale quale modalità tipica di esplicazione delle relazioni intersoggettive.

Se i meccanismi della responsabilità possono legittimamente essere utilizzati in funzione sanzionatoria, pare corretto ritenere che l'obbligazione prevista dal decreto faccia riferimento proprio a tale possibilità applicativa, peraltro estranea all'obbligazione prevista dagli artt. 1218 e 1224. Dal che pare possibile desumere che con l'attuazione di tale misura non si sia inteso sostituire la

349/1986 sulla tutela dell'ambiente. Per una disamina, seppur non recente, delle ipotesi di utilizzo dell'obbligazione risarcitoria in chiave sanzionatoria sia veda P. CENDON, *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in *Contratto e impresa*, 1988, pp. 74 ss.

³²¹ Nel rispetto del principio di legalità, come precisato da M. S. ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 396.

³²² In tal senso V. ZENO ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai 'punitive damages' di 'common law'*, in *Giur. it.*, 1985, 2, IV, pp. 21 ss.

³²³ Esplicitamente in tal senso M. S. ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, cit., p. 401.

disciplina dettata dall'art. 1224, ma, più correttamente, affiancare a questa un ulteriore strumento volto a precisare il diritto del creditore ad un puntuale adempimento.

Nel tracciare una prima conclusione circa la natura del rapporto tra art. 1224 ed art. 3 d.lgs. 231/2002, può dunque essere assunto che il modello interpretativo prescelto dovrà dar conto della persistente efficacia anche della norma codicistica, inducendo a preferire quella, tra le diverse interpretazioni possibili, che consenta di affermare l'attualità del ruolo ricoperto dall'art. 1224 nell'ambito del risarcimento del danno del credito di impresa, da inadempimento delle obbligazioni pecuniarie.

3. Posta tale premessa, si rende necessario verificare il rapporto esistente tra l'articolato predisposto dalla direttiva ed il testo definitivamente approvato dal legislatore nazionale³²⁴. Nel condurre tale esame si farà riferimento esclusivamente alla struttura predisposta al fine di attivare i meccanismi della responsabilità civile, tralasciando, seppur a malincuore, gli interessanti spunti che la disciplina esaminata offre in materia di abuso della libertà contrattuale e, con minor sofferenza, le modifiche del codice di rito volte a velocizzare l'attività esecutiva sul patrimonio del debitore³²⁵.

³²⁴ Verifica, questa, necessaria al fine di valutare l'efficacia delle regole definitivamente approvate rispetto al perseguimento dei principi di diritto affermati, nonché l'intima corrispondenza delle medesime regole ai principi che ne hanno ispirato l'adozione.

³²⁵ Il campo di indagine assegnato, relativo allo studio della attuale efficacia dell'art. 1224 nell'ambito dei rapporti commerciali, induce a tale limitazione. Ciò senza omettere di osservare che, tanto la sanzione connessa all'abuso della libertà contrattuale, quanto la particolare procedura monitoria predisposta in favore del creditore commerciale, appaiono volti a garantire l'effettività dei peculiari meccanismi di responsabilità civile approntati dal legislatore. Se, infatti, mediante la sanzione della nullità della pattuizione abusiva si mira ad evitare che la

La disciplina dettata dalla direttiva sul punto si articola in due diversi interventi, tra loro intimamente connessi, dei quali il primo volto a definire gli elementi della fattispecie ed il secondo indirizzato alla determinazione quantitativa dell'obbligo risarcitorio.

I principi e le regole dettate all'art. 3 della direttiva, si sono tradotti negli artt. 3, 4 e 5 del d.lgs. 231/2002 (d'ora innanzi, per comodità, il decreto), mediante i quali si fornisce la definizione della fattispecie – il ritardo di pagamento – e delle conseguenze giuridiche legate al verificarsi di questa.

L'art. 3, rubricato Responsabilità del debitore, introduce il principio che il debitore è responsabile, e dunque tenuto alla corresponsione degli interessi moratori, salvo che dimostri che il ritardo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile³²⁶. La norma, pur

efficacia dello strumento risarcitorio venga posta nel nulla da accorte, quanto inique, stipulazioni imposte da debitori forti, mediante le modifiche al testo del codice di rito si è tentato di velocizzare la procedura monitoria, ed in particolare la concessione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo. Altro è, sotto tale ultimo punto di vista, verificare se l'obiettivo posto sia stato perseguito.

³²⁶ In linea con quanto previsto dalla direttiva, la quale all'art. 3, par. 1, lettera c) specifica che il creditore ha diritto agli interessi se ha adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge e non ha ricevuto nei termini l'importo dovuto, a meno che il ritardo non sia imputabile al debitore. Deve ritenersi che la mancanza di un espresso richiamo operato in sede di recepimento da parte del legislatore italiano sia dovuta alla circostanza che, già l'art. 1460, consenta al debitore di non adempiere qualora il creditore non abbia a sua eseguito la propria prestazione. In tal senso anche G. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *Contratti*, 2002, p. 1161.

riprendendo la nozione di responsabilità indicata all'art. 1218³²⁷, sorprende³²⁸ per la particolare applicazione che dei principi generali viene disposta, in relazione all'obbligo di corrispondere interessi al tasso legale³²⁹. Laddove, infatti, il dettato codicistico, sistematicamente interpretato, prevede l'obbligazione di corrispondere interessi al tasso legale quale conseguenza della semplice scadenza dell'obbligazione, la norma di derivazione comunitaria consente al creditore una prova – quella relativa alla non imputabilità del ritardo – usualmente esclusa in materia di obbligazioni pecuniarie³³⁰. E non si dimentichi che, proprio da

³²⁷ In tal senso A. ZACCARIA, *La Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 267, il quale ritiene che l'espressione ritardo non imputabile debba essere interpretata secondo le disposizioni nazionali in tema di imputabilità dell'inadempimento.

³²⁸ Opinione condivisa da A. RICCIO, *La mora non imputabile in materia di obbligazioni pecuniarie*, in *Contratto e impresa*, 2002, pp. 1310, per il quale la previsione esaminata risulta sorprendente, posto che pare introdurre "l'impossibilità temporanea non imputabile nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, con la conseguente applicazione dell'art. 1256".

³²⁹ Di diverso avviso M. GRONDONA, *Responsabilità del debitore e risarcimento del danno*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, p. 95, secondo il quale nel richiamo ai principi generali in materia di inadempimento non vi è nulla di sorprendente per il giurista italiano. Tale conclusione può essere solo in parte condivisa, posto che, pur concordando circa la valenza degli ordinari criteri, non può sfuggire come, nell'ottica codicistica, l'obbligazione di versare interessi moratori ex art. 1224 primo comma sia del tutto svincolata dalla imputabilità del ritardo, essendo sufficiente l'accertamento della infruttuosa scadenza del termine di pagamento di una obbligazione certa e liquida.

³³⁰ Sul principio della incondizionata responsabilità del debitore di denaro, può rimandarsi, esaurientemente, a A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, pp. 125 e 130. In relazione alle problematiche

tale argomento, sono state tratte considerazioni volte a denunciare la reale natura dell'interesse legale accordato dall'art. 1224 primo comma.

Nell'ottica del legislatore del 1942, ed in ciò vi è identità di opinioni in dottrina, la imputabilità del ritardo non rientra tra i fatti giuridici ritenuti necessari affinché sorga l'obbligazione di corrispondere l'interesse al tasso legale³³¹. Il fatto generatore dell'obbligazione prevista dall'art. 3 del decreto è diverso; di tale diversità occorre dar conto, accordando la regola evidenziata ai principi che questa tende a realizzare³³².

di ordine sistematico discendenti dalla applicazione della normativa speciale si veda G. ROSSI, *Il ritardo di pagamento imputabile al creditore*, cit., p. 568: "L'obbligazione di cui si regola la responsabilità, infatti, essendo una obbligazione pecuniaria, e cioè una di quelle obbligazioni che ha per oggetto una cosa di genere come il denaro, dato il principio, da tutti ormai condiviso, per cui *genus numquam perit*, non è mai stata considerata come un'obbligazione che possa divenire impossibile: potrà divenire soggettivamente impossibile ma mai oggettivamente, e il debitore, anche dopo la messa in mora, resta comunque tenuto a versare la somma di denaro in questione".

³³¹ Considerazione, questa, che nell'ottica della ipotesi ricostruttiva prescelta non implica che la imputabilità dell'inadempimento non sia elemento essenziale della obbligazione risarcitoria nel suo complesso. L'art. 1218 trova piena applicazione anche in materia di inadempimento di obbligazioni pecuniarie, essendo sempre possibile per il debitore dimostrare che il ritardo non dipende da causa al lui imputabile. Ma tale prova non lo esimerà mai dall'obbligo di corrispondere interessi al tasso legale, che sorge in ogni caso alla scadenza ex art. 1282. In tal senso M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 102.

³³² Nota sul punto A. RICCIO, *La mora non imputabile in materia di obbligazioni pecuniarie*, cit., pp. 1313: "L'esimente presente nella nuova normativa, comportando una deroga ai principi sulle obbligazioni pecuniarie, ed in particolare all'art. 1224, va interpretata in senso restrittivo, o addirittura va disapplicata ai sensi dell'art. 11, comma 2°,

Si è premesso che le ipotesi ricostruttive a disposizione dell'interprete sono due: considerare l'interesse moratorio ex art. 5 del decreto una particolare specificazione dell'interesse moratorio indicato all'art. 1224 comma prima, ovvero considerare che tra le due obbligazioni vi sia una inconciliabile diversità funzionale - corrispettiva la prima, sanzionatoria la seconda - che deve indurre a determinarne diversi ambiti di applicazione³³³.

L'esame della regola pare indurre verso tale seconda scelta interpretativa, posto che, evidenziato il carattere sanzionatorio della misura prevista del decreto, la scelta legislativa di indicare la imputabilità tra gli elementi della fattispecie appare funzionale a quel generale principio che vuole che l'irrogazione di una sanzione sia sempre e solo la conseguenza di un comportamento antigiusuridico teleologicamente teso verso la violazione del comando³³⁴.

del decreto legislativo in commento, il quale dispone che 'sono fatte salve le vigenti disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che contengano una disciplina più favorevole al creditore'.

³³³ Anche i commenti che non prendono spunto da tale considerazione avvertono la necessità, legata alla misura del saggio di interesse prevista dal decreto, di individuare un limite alla responsabilità del debitore.

³³⁴ Deve quindi essere respinto qualunque tentativo di disapplicazione della esimente in esame, posto che la conseguenza pratica di tale scelta interpretativa - corresponsione sin dalla scadenza dell'interesse moratorio previsto dal decreto - non sarebbe in linea tanto con i principi generali dell'ordinamento quanto con le scelte di politica del diritto operate in sede comunitaria. Lo scopo del legislatore è quello di utilizzare l'obbligazione risarcitoria quale strumento di induzione all'adempimento; in tale ottica la irrogazione della sanzione in mancanza del presupposto della imputabilità appare andare ben oltre il fine perseguito.

La prova della non imputabilità, però, non potrà mai avere ad oggetto la possibilità della prestazione pecuniaria³³⁵, dovendo essere solo riferita alla sussistenza di eventuali circostanze di fatto che hanno impedito al debitore il tempestivo adempimento³³⁶.

Come si è già avuto modo di riferire, la funzione della normativa dettata dal decreto risulta diversa da quella dettata dal codice: a tale diversità funzionale corrisponde una diversità strutturale pienamente giustificata in relazione allo scopo perseguito³³⁷. Si è dunque dinanzi ad una diversa struttura,

³³⁵ La quale, come si è già avuto modo di evidenziare risulta sempre possibile, essendo del tutto irrilevante la eventuale impotenza finanziaria del debitore.

³³⁶ Il riferimento è a quella nozione di non imputabilità dell'adempimento quale limite al dovere di diligenza cui il debitore è tenuto al fine di soddisfare l'interesse creditorio, che si è già avuto modo di rievocare. Ipotesi tipiche, in relazione allo specifico ambito trattato potrebbero essere, ad esempio, il ritardo della banca nel dar corso ad un ordine di bonifico tempestivamente inoltrato, ovvero il rifiuto immotivato del creditore di ricevere la prestazione, ovvero ancora qualsivoglia condotta da questi tenuta al fine di non consentire l'adempimento della prestazione da parte del debitore. Sembra concordare anche A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 259 e G. ROSSI, *Il ritardo di pagamento imputabile al creditore*, cit., p. 569, il quale comunque rileva come il debitore debba essere ritenuto "responsabile anche della forma di pagamento prescelta". E' interessante notare come tale ultimo Autore abbia ritenuto che il disposto di cui all'art. 3 del decreto possa essere accolto nel sistema solo ove lo si interpreti nel senso che questo voglia intendere che "il debitore non è responsabile per il ritardo se questo risulti imputabile al creditore"

³³⁷ Deve infatti ritenersi che, ove si ritenesse l'interesse moratorio ex art. 5 del decreto una particolare ipotesi di interesse risarcitorio, concessa esclusivamente in favore dei creditori commerciali, si incorrerebbe nel vizio logico insito nell'ammettere una disciplina

strumentale al perseguimento di una diversa funzione, cui corrisponde un ruolo della responsabilità civile del tutto estraneo rispetto al modello codicistico, tale da indurre la conclusione che le due discipline - quella ex artt. 1218 e 1224 e quella ex artt. 3, 4 e 5 del decreto – possano coesistere³³⁸. L'esame delle regole poste dall'intervento comunitario conferma l'ipotesi interpretativa prescelta.

4. Proseguendo nella indicazione degli elementi strutturali previsti dalla fattispecie esaminata, l'art. 4 del decreto individua i termini dalla scadenza dei quali discende l'obbligo di versare interessi moratori, ed esclude la necessità di una formale, ulteriore, intimazione ad adempiere.

Dopo aver precisato che gli interessi decorrono automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento, ed aver individuato nella pattuizione contrattuale lo strumento principale per giungere a tale determinazione, la norma indica alcuni termini legali, destinati ad operare in via suppletiva solo qualora le parti non vi abbiano provveduto³³⁹. E così, il termine legale sarà, innanzitutto, di trenta

differenziata dell'obbligazione commerciale rispetto a quella civile: conseguenza, questa, non condivisibile in relazione al disegno complessivo del codice del 1942, che ha optato per una omologazione delle discipline. Solo accettando una accezione in chiave sanzionatoria, a tutela di particolari interessi collettivi, della obbligazione esaminata se ne può dare una idonea ricostruzione sistematica.

³³⁸ L'ipotesi ricostruttiva prescelta consente di mantenere fermo il principio della incondizionata responsabilità del debitore di obbligazioni pecuniarie, consentendo che a questo si affianchi, ma non si sostituisca, un diverso principio volto ad integrare una fattispecie diversa, seppur affine, rispetto a quella che il codice prende in esame, al fine di risarcire il creditore del danno patito.

³³⁹ Anche se non si deve dimenticare l'efficacia in tale ambito della scelta di limitare la libertà contrattuale in funzione protettiva del

giorni dalla data di ricevimento della fattura o dalla richiesta equivalente di pagamento da parte del debitore; qualora, poi, tale data non sia certa, si applicherà il termine legale di trenta giorni dal ricevimento della merce o della prestazione del servizio; il medesimo termine, ancora, è previsto nella ipotesi in cui la fattura, ovvero la equivalente richiesta di pagamento, siano state consegnate anteriormente al ricevimento della merce o alla prestazione del servizio; qualora, prosegue il decreto, sia prevista per legge o per contratto una accettazione o una verifica di conformità della merce o dei servizi, il termine di trenta giorni decorrerà da tale verifica; ove, infine, il contratto abbia ad oggetto la cessione di prodotti alimentari deteriorabili, il termine legale sarà di sessanta giorni, verso il corrispettivo di un interesse moratorio maggiorato di ulteriori due punti percentuali, ovvero un termine anche superiore a quello legale, a condizione che sia il frutto di specifici accordi sottoscritti presso il Ministero delle attività produttive da organizzazioni rappresentative delle realtà commerciali interessate³⁴⁰.

creditore. L'art. 7 del decreto prevede infatti che la pattuizione tra debitore e creditore sulla data di pagamento sia nulla qualora risulti gravemente iniqua per il creditore, consentendo al Giudice di agire per la riconduzione ad equità dell'accordo. Ciò significa che, in aderenza con la *ratio* dell'intera disciplina, l'autonomia contrattuale, pur affermata come libera, incontra il limite della condotta che, in quanto connotata da abusività, sia tale da impedire il raggiungimento dello scopo perseguito dal legislatore.

³⁴⁰ Giova a tale ultimo proposito ricordare che già la direttiva, al diciottesimo considerando ed all'art. 2, aveva previsto la possibilità che, per talune categorie di contratti definite dal legislatore nazionale, gli Stati membri potessero elevare sino a sessanta giorni il periodo alla cui scadenza sono dovuti gli interessi, verso il corrispettivo di un tasso d'interesse inderogabile "sensibilmente superiore al tasso legale". In effetti, come rileva anche R. CONTI, *Il d. lgs. n. 231/2002 di trasposizione*

La disposizione esaminata pone alcune problematiche di coordinamento con la normativa codicistica.

Se, da un lato, l'automaticità della mora alla scadenza dell'obbligazione pecuniaria costituisce l'effetto naturale del combinato disposto degli artt. 1182 comma 3 e 1219, comma 2, n. 3, deve, d'altro canto, notarsi che il decreto sembra porre una particolare ipotesi di *mora ex re*, posto che, qualora la scadenza dell'obbligazione non sia disciplinata dalle parti, questa non sarebbe immediatamente esigibile, essendo legata al decorrere dei trenta giorni dalla ricezione della fattura o di una equivalente richiesta di pagamento.

Tale prescrizione presenta diversi aspetti di non immediata comprensione.

Il primo di questi è costituito dalla assimilazione funzionale tra la fattura ed una richiesta di pagamento, sconosciuta per l'ordinamento italiano³⁴¹. Ciò implica che la decorrenza

della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali, in *Corr. giur.* 2003, p. 108, l'ultimo inciso dell'art. 4 del decreto appare "inconciliabile con i principi espressi dal legislatore comunitario laddove non aggancia la deroga al termine di 60 giorni ad un maggiorazione del saggio dell'interesse che il legislatore comunitario aveva considerato come inderogabile". L'accordo stipulato in linea con le previsioni della contrattazione collettiva, peraltro, porrebbe nel nulla sia il rimedio collettivo, non potendo le associazioni scagliarsi contro accordi dalle medesime liberamente sottoscritti, né consentirebbe al giudice di sancirne la nullità per ricondurne ad equità i termini. Condivide le perplessità evidenziate anche M. GRONDONA, *Termini di pagamento ed interessi da ritardo*, cit., p. 53 in nota.

³⁴¹ La fattura, infatti, secondo quanto previsto dal d.p.r. 26 ottobre 1972 n. 633 è un documento che non ha la funzione di richiedere il pagamento. Cfr. in giurisprudenza Cass., 18 luglio 2002, n. 10434, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2401 e ss.: "Attesa la funzione della fattura (fare risultare documentalmente elementi relativi alla esecuzione del contratto), la sua semplice emissione, o trasmissione alla controparte.

automatica dell'interesse moratorio non può essere interpretata quale applicazione della regola generale richiamata³⁴². Se, infatti, il fatto giuridico previsto dalla norma è diverso da quello indicato dalla normativa del codice, e diverso ne è anche l'effetto³⁴³, ciò

Non vale *ex se* come intimazione o richiesta di pagamento delle somme ivi indicate e non integra, pertanto, atto di costituzione in mora, ove faccia difetto una espressa richiesta di pagamento”.

³⁴² Nel senso della interpretazione criticata M. GRONDONA, *Termini di pagamento e interessi da ritardo*, cit., p. 57. L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 79, ritiene che “l’adattamento della direttiva al diritto interno non è un problema che tocca l’art. 1219”. Sul punto, A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 266, sulla scorta della diversità funzionale tra fattura e richiesta di pagamento, ritiene maggiormente aderente alla normativa esaminata ritenere che si tratti di “mora *ex persona*, anche se non perfettamente riconducibile alla mora *ex persona* a noi familiare”. *Contra* A. FRIGNANI – O. CAGNASSO, *L’attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 310, secondo i quali “Il riferimento all’*automatismo* della decorrenza degli interessi, senza bisogno di messa in mora, fa sì che siamo di fronte ad una vera *mora ex re*”. L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 79, ritiene che “l’adattamento della direttiva al diritto interno non è un problema che tocca l’art. 1219”.

³⁴³ Effetto che si sostanzia nell’obbligazione di versare un tasso di interessi che si giustifica solo in funzione compulsivo sanzionatoria. Il saggio di interessi, nel testo definitivamente approvato all’art. 5 del decreto, è pari al saggio d’interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di ben sette punti percentuali. Deve notarsi come tale provvedimento si ponga in via del tutto eccezionale, nel quadro di un sistema giuridico improntato sul principio della lotta agli interessi ultralegali sproporzionati. Risulta infatti curioso osservare come il tasso moratorio in esame risulti spesso

deve concorrere ad indurre l'interprete a ravvisare una diversità funzionale della struttura predisposta dal legislatore³⁴⁴. Deve ritenersi che la soluzione interpretativa più appropriata della problematica esaminata si leghi alla necessità di comprendere con maggior chiarezza quale sia la natura del termine legale individuato dalla norma.

L'argomento letterale, in virtù del quale l'opinione dominante identifica il termine di pagamento individuato dal

pericolosamente vicino a quello considerato usuraio per particolari operazioni di finanziamento. Concorde nell'evidenziare tale funzione R. CONTI, *Il d. lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, cit., p. 111. *Contra* A. FRIGNANI – O. CAGNASSO, *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 310: “Non si tratta qui tanto di una funzione ‘punitiva’ quanto piuttosto si tiene presente il danno ‘finanziario’ derivante dal ritardo di pagamento, e si assegna al saggio di questi interessi una funzione di ‘deterrenza’, che intende eliminare – come dice la direttiva al Considerando n. 16 – qualsiasi incentivo all’inadempimento”. Tali ultime considerazioni non possono essere condivise. Se si assume che il danno finanziario sia quello presunto del creditore si giunge a conclusioni non condivisibili. Si perverrebbe infatti ad assicurare il risarcimento di un danno presunto, molto elevato, anche in favore di imprenditori in crisi, che dunque non godono di tale alta redditività del capitale investito. Se, al contrario, si assumesse che il danno finanziario fosse quello patito dall'intero sistema, non sarebbe possibile assegnare una autonoma funzione deterrente ad un provvedimento che, in quanto sanzionatorio, svolge di per sé anche un effetto dissuasivo.

³⁴⁴ Ed infatti L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 76: “La richiesta di pagamento, che tiene luogo della fattura, deve essere fatta per iscritto, cioè con la stessa forma della richiesta di cui all'art. 1219, co, 1, ma con funzione diversa ‘equivalente’ alla presentazione della fattura, che per sé sola non ha valore di costituzione in mora”.

decreto con il termine di adempimento può, forse, essere esaminato criticamente.

Si è detto della particolare funzione che il legislatore ha assegnato alla obbligazione risarcitoria. Deve ritenersi che, anche nell'ipotesi esaminata, l'iter logico più appropriato sia quello che, evidenziata la funzione, definisca la struttura della fattispecie esaminata. La funzione dell'obbligazione risarcitoria, nell'ipotesi oggetto di studio, è stata ravvisata non nel rimuovere le conseguenze negative dipendenti dall'inadempimento, ma nella esigenza di imporre il tempestivo adempimento. In relazione a tale funzione, allora, il legislatore ha approntato un sistema volto a sanzionare pesantemente l'inadempimento, al fine di scoraggiare condotte dilatorie.

L'interpretazione che assimila il termine legale di pagamento previsto dal decreto al termine dell'adempimento, previsto in via generale dall'art. 1183, pare incorrere in una contraddizione logica. La conseguenza di tale assimilazione, infatti, è che ove le parti non abbiano individuato un termine, l'obbligazione, piuttosto che essere immediatamente esigibile, consentendo, quanto meno, la produzione dell'interesse al tasso legale, rimarrebbe in uno stato di quiescenza per trenta giorni dal verificarsi di una dei fatti previsti dalla norma, scaduti i quali vi sarebbe una ipotesi di ritardo qualificato, alla quale conseguirebbe l'obbligo di versare l'interesse moratorio³⁴⁵. Tale interpretazione

³⁴⁵ In tal senso M. GRONDONA, *Termini di pagamento e interessi da ritardo*, cit., p. 67, secondo il quale “la prima importante differenza, tra l'art. 4 del decreto e l'art. 1183, 1° comma, c.c., è che nel regime legale introdotto dal decreto, se le parti non hanno determinato il termine di adempimento, il creditore non è legittimato a chiedere immediatamente il pagamento (non si applica, quindi, l'adagio *quod sine die debetur statim debetur*, recepito dall'art. 1183, 1° comma); al contrario, il pagamento sarà esigibile decorsi trenta o sessanta giorni”. Secondo R. CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di*

però, che assegna al creditore commerciale una tutela deteriore rispetto a quanto previsto dal codice civile, non appare in linea con l'obiettivo perseguito dalla novità legislativa. La disciplina generale dell'obbligazione pecuniaria prevede che, ove non sia previsto un termine, questa sia immediatamente esigibile, e produca interessi al tasso legale, in virtù del disposto degli art. 1282 e 1224 comma primo. Una interpretazione che prescindesse, ovvero revocasse, tale conseguenza per dar luogo ad una disciplina peggiorativa, non potrebbe essere accolta, in quanto contraria allo spirito ed al dettato della direttiva.

Ad una attenta analisi dei dati normativi, può però notarsi che il termine di pagamento cui la normativa speciale si riferisce è "il periodo alla cui scadenza sono dovuti gli interessi"³⁴⁶, nozione, questa, che non ha nulla a che vedere con quella di tempo dell'adempimento, inteso quale momento "in cui la prestazione deve essere eseguita"³⁴⁷.

Prendendo le mosse da tale distinzione, pare possibile rendere congruente la regola rispetto alla *ratio* dell'intervento normativo, ed alla differenza funzionale tra l'obbligazione risarcitoria prevista dal codice e quella sanzionatoria prevista dal decreto.

Il pagamento del corrispettivo dovuto in virtù di una transazione commerciale, ove non sia previsto un termine, è immediatamente esigibile ed il relativo debito pecuniario

delega al Governo per la sua attuazione, cit., p. 810, si tratterebbe di "un termine legale di adempimento nelle ipotesi in cui lo stesso non sia stato determinato dall'autonomia negoziale, in deroga all'art. 1183 1° comma c.c.". Conforme anche, tra gli altri, L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 79.

³⁴⁶ Cfr., testualmente l'art. 3, par. 2, direttiva 200/35/CE

³⁴⁷ La definizione, ben nota a tutti, è quella che del tempo dell'adempimento fornisce l'art. 1183 del codice civile.

produttivo di interessi al tasso legale ex art. 1284. Decorsi trenta giorni da uno dei fatti giuridici previsti dal decreto, però, scatterà la sanzione del particolare saggio di interessi ivi previsto, che, essendo maggiore, assorbirà l'interesse legale ex art. 1284³⁴⁸.

³⁴⁸ Ad una conclusione simile giunge S. DE NOVA, *Decorrenza degli interessi moratori*, in G. DE NOVA – S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali. D. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, cit., p. 15 ss. il quale, argomentando ex art. 11, comma 2, del decreto, secondo il quale sono fatte salve le disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che contengano una disciplina più favorevole per il creditore afferma che nel caso “in cui il termine di pagamento non è stabilito dal contratto, l'imprenditore creditore di un contratto commerciale ha diritto al pagamento degli interessi di cui all'art. 1284, primo comma, codice civile – attualmente pari al 3,5% - dalla data in cui chiede il pagamento (e quindi dalla data di ricevimento della fattura o di richiesta equivalente) alla data in cui inizia a decorrere il termine di cui all'art. 4 d.lgs. n. 231/2002”. Di tale impostazione deve essere condiviso l'utilizzo dell'argomento ex art. 11, comma 2, del decreto, ma non la necessità di ancorare la nascita dell'obbligazione di corrispondere l'interesse legale ex art. 1284 al momento della consegna della fattura o richiesta equivalente. Dalla diversità funzionale esaminata pare infatti possibile desumere che noi sia possibile prendere a prestito, a seconda delle necessità, elementi delle due strutture al fine di raggiungere obiettivi di maggior tutela del creditore. Al contrario deve ritenersi che la logica dell'art 11 sia che, ove il codice, come nell'ipotesi esaminata, presenti elementi di favore per il creditore questi debbano risultare esaltati, e non inficiati dalla contemporanea vigenza della legislazione speciale. L'impostazione esaminata, inoltre, non giustifica la funzione di determinare la scadenza del termine che pure assegna, implicitamente, alla consegna della fattura. Deve al contrario essere condiviso quanto la medesima dottrina ha evidenziato circa l'ipotesi della compravendita: “[Ed infatti] in materia di vendita l'art. 1498, secondo comma, codice civile prevede che ‘in mancanza di pattuizioni e salvi gli usi diversi, il pagamento deve avvenire al momento della consegna e nel luogo dove questa si esgùe’ con conseguente decorrenza degli interessi legali di cui all'art. 1284 da

La diversità funzionale consente – ma forse sarebbe più corretto assumere che imponga - di ricostruire la fattispecie in termini diversi anche sotto il profilo strutturale. Ad integrare la struttura della fattispecie giuridica prevista dal decreto, allora, non sarà sufficiente l'intervenuta ed accertata scadenza dell'obbligazione, essendo necessaria anche l'ulteriore condizione del verificarsi di uno dei fatti giuridici espressamente presi in considerazione dal legislatore. Esigenza, questa, che viene meno solo qualora le parti abbiano individuato pattiziamente il tempo dell'adempimento.

La funzione sanzionatoria dell'istituto, se da un lato identifica la *ratio* della diversa tutela di cui gode il creditore commerciale, dall'altro impone che la struttura produttiva dell'effetto esaminato sia più complessa di quella prevista dal codice.

In tale ottica si giustifica, in definitiva, sia lo specifico richiamo alla imputabilità del ritardo, sia la previsione di un lasso di tempo al fine di dare per accertata la circostanza che l'agire del creditore appaia teleologicamente teso verso l'inosservanza del

tale momento. Pertanto, sempre alla luce dell'art. 11.2, d. lgs. n. 231/2002, si potrebbe sostenere che nel caso in cui le parti non abbiano previsto il termine di pagamento nel contratto di vendita, il venditore avrà il diritto di ottenere il pagamento del prezzo dalla data della consegna della merce e, in caso di mancato pagamento, da tale data decorreranno gli interessi legali di cui all'art. 1284 codice civile per trenta giorni e, trascorso tale termine, inizieranno a decorrere gli interessi moratori di cui all'art. 5 d. lgs. n. 231/2002". Deve ritenersi che la concorrente decorrenza, sulla medesima somma di denaro, degli interessi moratori ex art. 1224 prima, ed art. 5 decreto poi, discenda dalla diversa funzione delle due obbligazioni. In ogni caso, pare corretto ribadire, l'argomento logico ex art. 11 del decreto può ritenersi estendibile ad ogni tipo di obbligazione, e non solo al contratto di compravendita.

comando imposto dall'ordinamento, e non sia invece frutto, ad esempio, di una momentanea e passeggera crisi di liquidità³⁴⁹ ³⁵⁰.

5. Evidenziata la reciproca estraneità tra l'interesse moratorio ex art. 1224 ed ex artt. 3 e 4 decreto, è possibile proseguire l'analisi dei rapporti tra la disciplina codicistica e la legislazione speciale.

Il 17° considerando premesso alla direttiva 2000/35/CE individuava un particolare criterio al fine di identificare la dimensione quantitativa dell'obbligazione risarcitoria, specificando che il risarcimento dei costi di recupero dovesse

³⁴⁹ Che se deve ritenersi del tutto irrilevante in relazione alla produzione dell'interesse legale previsto dal codice, non può, invece, non essere presa in considerazione prima di sanzionare pesantemente la condotta del debitore.

³⁵⁰ In tale chiave si giustifica anche l'applicazione della disciplina ai pagamenti dovuti dalle pubbliche amministrazioni, che è stata giustamente sentita come una significativa innovazione. Come noto, infatti, i pagamenti della P.A. devono essere effettuati presso l'amministrazione, sicché, derogando alla regola contenuta all'art. 1183, comma 3, si è sempre ritenuta necessaria una formale costituzione in mora della debitrice al fine di veder sorgere il diritto alla corresponsione degli interessi. Sul punto U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA P. ZATTI (a cura di) *Tratt. dir. priv.*, Milano 1991, p. 527: "un'importante deroga legale al carattere *portable* dei pagamenti di somme di denaro si riferisce ai debiti dello Stato e degli altri enti pubblici", con la conseguenza che, come evidenziato da C.M. BIANCA, *Diritto civile, V. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 101, la richiesta formale del creditore ai fini della costituzione in mora è normalmente necessaria per tale tipologia di obbligazioni. L'interpretazione prescelta consente di inserire il nuovo dato normativo nell'ambito della disciplina generale senza immaginare stravolgimenti di sorta. La diversa funzione dell'interesse moratorio previsto dal decreto giustifica anche in questa ipotesi una diversa struttura del fatto costitutivo, che però non vale a mutare la disciplina ordinaria del debito pecuniario della P.A.

essere ragionevole³⁵¹. Tale ragionevolezza, nell'ottica in tal sede espressa, si esplicava nella necessità che non vi fosse una duplicazione risarcitoria delle medesime voci già risarcite dal legislatore nazionale, tenendo altresì conto dell'effetto compensativo dovuto alla corresponsione degli interessi legali. Si tratta, all'evidenza, di prescrizione – quella relativa alla ragionevolezza – chiamata a disciplinare la quantificazione della obbligazione risarcitoria nel senso codicistico del termine. Tale considerazione risulta precisata dall'art. 3, par. 1, lett. e), della direttiva, laddove si specifica che, purché il ritardo sia imputabile al debitore³⁵², il creditore ha sempre diritto di ricevere un risarcimento ragionevole per tutti i costi derivanti dal ritardo, costi che, però, devono essere trasparenti e proporzionati al debito dovuto³⁵³. Dall'esame dei due dati normativi esaminati può essere dedotto che il legislatore, sanzionato mediante la corresponsione dell'interesse moratorio il comportamento antiggiuridico del

³⁵¹ Cfr. diciassettesimo considerando premesso alla direttiva, cit.: “Il risarcimento ragionevole delle spese di recupero deve essere preso in considerazione fatte salve le disposizioni nazionali, in base alle quali il giudice nazionale può concedere al creditore eventuali risarcimenti aggiuntivi per i danni causati dal ritardo di pagamento da parte del debitore, tenendo inoltre conto del fatto che queste spese sostenute possono già essere state compensate dagli interessi relativi al ritardato pagamento.”

³⁵² E dunque, secondo quanto si è ritenuto di condividere, qualora il creditore abbia adempiuto i propri obblighi contrattuali e di legge, e qualora non vi siano motivazioni oggettive e non dipendenti dal debitore che impediscano il pagamento.

³⁵³ Cfr. art. 3, par.1, lett. e), direttiva, cit.: a meno che il debitore non sia responsabile del ritardo, il creditore ha diritto di esigere dal debitore un risarcimento ragionevole di tutti i costi di recupero sostenuti a causa del ritardo di pagamento del debitore. questi costi di recupero devono rispettare i principi della trasparenza e della proporzionalità per quanto riguarda il debito in questione.

debitore, chieda al legislatore nazionale di dotarsi di strumenti che consentano anche il risarcimento *ragionevole* di tutti i costi di recupero. È forte la sensazione di essere dinanzi alla concretizzazione, in chiave normativa, degli spunti dottrinali esaminati in precedenza, i quali assegnavano all'obbligazione risarcitoria proprio la funzione di porre il creditore in una sorta di curva di indifferenza rispetto al fatto dell'inadempimento³⁵⁴.

Il decreto di attuazione pare però perseguire un obiettivo ulteriore e, espunto ogni riferimento alla ragionevolezza, specifica la regola nel senso di un diritto al risarcimento dei costi di recupero, del tutto sganciati dall'eventuale effetto compensativo degli interessi moratori³⁵⁵, precisando che questi debbano essere trasparenti e proporzionati, ed eventualmente anche determinati in base ad elementi presuntivi, tenuto conto delle tariffe forensi in materia stragiudiziale. È fatta, inoltre, salva la possibilità di richiedere il risarcimento di un eventuale maggior danno, a patto

³⁵⁴ Si ricorda, tra gli altri, R. PARDOLESI, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*, cit., c. 2425, in nota 19, il quale, nel criticare la presunta funzione sanzionatoria della responsabilità civile, ebbe a precisare come questa non scoraggi l'inadempimento, avendo la funzione di porre il creditore, per effetto del rimedio risarcitorio “nella stessa posizione (o se si preferisce nella stessa curva di indifferenza) in cui si sarebbe trovato se la promessa fosse stata osservata”.

³⁵⁵ Viene quindi rafforzata la natura sanzionatoria dell'obbligazione di corrispondere interessi, che viene a sommarsi a quella di risarcire il danno. Di diversa opinione G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di “lotta” contro i ritardi di pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., p. 10, il quale ritiene che mentre le spese sostenute per il recupero delle somme debbano essere sempre risarcite, il maggior danno possa essere corrisposto solo ove assuma rilevanza tale da escludere che la mera corresponsione dell'interesse possa essere sufficiente a ristorare integralmente il creditore.

che il debitore non dimostri che il ritardo non sia stato a lui imputabile³⁵⁶.

La direttiva tratteggiava la necessità di verificare la relazione di continenza tra interessi, risarcimento dei costi di recupero ed

³⁵⁶ Cfr. Art. 6 d. lgs. 231/2002, cit.: 1. Il creditore ha diritto al risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrispostegli, salva la prova del maggior danno, ove il debitore non dimostri che il ritardo non sia a lui imputabile. 2. I costi, comunque rispondenti a principi di trasparenza e di proporzionalità, possono essere determinati anche in base ad elementi presuntivi e tenuto conto delle tariffe forensi in materia stragiudiziale. Secondo M. GRONDONA, *Termini di pagamento ed interessi da ritardo*, cit., p. 55: “Il decreto in commento esprime il principio dell’integrale risarcimento del danno subito dal creditore”. Tale – condivisibile - affermazione deve però indurre a confermare l’esistenza di due diversi piani di intervento da parte del legislatore comunitario. Affermare che il creditore debba essere integralmente risarcito, di per sé, ha poca importanza, posto che questo è il principio cardine della responsabilità civile, e non è necessario ribadirlo ogniqualvolta si intervenga in tale materia. Diviene in questa sede importante perché rende edotti della scelta operata dal legislatore. L’obbligazione risarcitoria si *aggiunge* a quella di corrispondere gli interessi. Laddove il legislatore comunitario chiedeva a quello interno di tener conto dell’effetto compensativo degli interessi moratori, il legislatore nazionale, avvalendosi della facoltà di emanare norme più favorevoli (art. 6, par. 2, della direttiva) ha scelto di assegnare al creditore l’integrale risarcimento del danno a prescindere da qualsivoglia effetto compensativo prodotto dagli interessi moratori. Ne risulta confermata la funzione eminentemente sanzionatoria dell’interesse legale ivi previsto, che impone al creditore il pagamento di somme di denaro che vanno ben oltre il reale danno patito dal creditore. Concorda circa la conclusione che il risarcimento del danno si aggiunga alla corresponsione dell’interesse legale anche R. CONTI, *Il d. lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, cit., p. 112.

eventuali risarcimenti aggiuntivi, indicando nella proporzionalità e trasparenza le regole di quantificazione della poste risarcitorie, ed imponendo quale metro valutativo la ragionevolezza dell'importo riconosciuto al creditore, in relazione al debito vantato. Il decreto, nell'attuare la norma, indica un diverso regime nel quale, fatta salva la possibilità, per il debitore, di dimostrare la non imputabilità del ritardo, al creditore sono dovuti gli interessi moratori, il risarcimento dei reali costi di recupero sostenuti, nonché il risarcimento di un eventuale maggior danno (maggiore rispetto ai costi di recupero, deve ritenersi³⁵⁷). Volendo tentare

³⁵⁷ La quasi totalità delle ipotesi ricostruttive esaminate lega il risarcimento del maggior danno alla eventualità che il concreto danno patito dal creditore non sia stato integralmente risarcito dall'interesse moratorio, optando per un recupero della originaria funzione dell'interesse moratorio, inteso quale forfezzazione del danno. In tal senso, tra gli altri, G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., p. 10; A. RICCIO, *La mora non imputabile in materia di obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 1307; A. FRIGNANI – O. CAGNASSO, *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 310. Tale interpretazione, però, non risulta condivisibile, in quanto implica l'esistenza di un rapporto, quello tra interesse moratorio e risarcimento del danno, preso in considerazione solo dalla direttiva comunitaria e non dal decreto di attuazione. La prima, come ricordato, invitava il legislatore interno a tener conto, nella determinazione dell'obbligazione risarcitoria, dell'effetto compensativo prodotto dall'interesse moratorio. Indicazione, questa, che però è del tutto assente nel testo definitivamente approvato. La scelta legislativa, allora, appare chiara e fortemente indicativa, proprio perché nell'adottarla si è scelto coscientemente di non recepire una parte della direttiva, sicché non appare possibile che il limite individuato dal provvedimento comunitario, volutamente non recepito dal legislatore italiano, possa essere reintrodotta in via interpretativa. Anche perché, come si avrà modo di evidenziare, tale scelta appare comunque in linea con quella

una ricostruzione sistematica che consenta di dare per integralmente recepita la direttiva comunitaria, può forse essere notato che la ragionevolezza del risarcimento dei costi era dal legislatore comunitario posta in relazione alla possibilità, per l'ordinamento interno, di concedere risarcimenti aggiuntivi. Il legislatore interno, preso atto di tale possibilità, pare aver voluto dare una sua definizione concreta di risarcimento ragionevole, che si rifacesse alla necessità di ripercorrere quella famosa curva di indifferenza rispetto all'inadempimento, alla quale si è più volte fatto riferimento. Risarcimento ragionevole, dando per acquisito che il legislatore abbia voluto dare attuazione al dettato comunitario, è allora quel risarcimento che comprende non solo i costi di recupero, ma anche tutti i costi ulteriori – maggior danno - che il creditore si vede costretto ad affrontare a causa dell'inadempimento. La necessità che il risarcimento sia ragionevole, implica che questo comprenda anche il maggior danno eventualmente patito, e che tra la somma a tal titolo corrisposta al creditore e quella originariamente dovuta dal debitore vi sia un legame di proporzionalità. Può quindi essere affermato, in via interpretativa, che entrambi i principi, quello di

parte della direttiva che consentiva al legislatore interno di adottare, in sede di recepimento, discipline migliorative rispetto a quella predisposta in sede comunitaria. Deve, in conclusione, ritenersi che l'obbligo di risarcire il maggior danno, pur recuperando lo schema concettuale proprio dell'art. 1224, debba essere posto in relazione al danno non coperto dal risarcimento dei costi di recupero, che potendo essere anche calcolati mediante indici presuntivi, ben possono non essere del tutto indicativi del concreto danno patito. Il senso della regola, allora, è nello specificare che, se una parte dell'obbligazione risarcitoria – quella relativa ai costi di recupero - gode di un regime probatorio privilegiato, il creditore che intenda richiedere un risarcimento ulteriore rispetto a quello garantito da tale prima voce di danno, ha l'onere di dimostrarne concretamente sia l'entità, che la riferibilità all'inadempimento.

proporzionalità e quello di ragionevolezza, siano stati recepiti dal legislatore interno³⁵⁸. Tale ricezione, però, si è tradotta nella adozione di una regola che impone un risarcimento del danno ulteriore rispetto a quanto il principio di ragionevolezza pare imporre. Può ritenersi che il legislatore interno abbia voluto predisporre una obbligazione risarcitoria la cui quantificazione, non tenendo conto dell'effetto compensativo proprio dell'interesse di mora, sia maggiore rispetto al danno realmente patito dal creditore. Si intende, in definitiva, affermare che il legislatore, pur avendo richiamato la valenza del principio di ragionevolezza al fine di identificare con maggior cura la regola di cui all'art. 1224, abbia poi volutamente predisposto una misura che, in chiave sanzionatoria, non si arresta a quanto il principio richiamato parrebbe prevedere³⁵⁹.

³⁵⁸ Conclusione che forse concede troppo alla volontà del legislatore, ma che può essere supportata anche dall'esame della Relazione governativa al decreto, laddove esplicitamente si afferma che la necessità di quantificare il risarcimento del danno in relazione ai costi ragionevoli, proporzionali e trasparenti, si è tradotta nella scelta di assegnare al creditore la tutela garantita, "oltreché dal pagamento degli interessi, anche dall'obbligazione, a carico del debitore, del risarcimento dei costi ulteriori, *id est* dei costi affrontati dal creditore per il recupero delle somme spettanti a titolo di corrispettivo, salvo la prova del danno ulteriore a norma dell'art. 1224, comma secondo, del codice civile e l'esonero da responsabilità ove il ritardo non sia imputabile al debitore". In tal senso anche M. GRONDONA, *Responsabilità del debitore e risarcimento del danno*, cit., p. 106, il quale, pur pervenendo a conclusioni dissimili da quelle sin qui tracciate, ritiene che "la nozione di ragionevolezza dei costi di recupero non è stata peraltro richiamata nel decreto di attuazione, ma deve considerarsi implicita nei due principi riferiti".

³⁵⁹ Laddove infatti il principio di ragionevolezza impone che l'obbligazione risarcitoria abbia la sola funzione di ristorare integralmente il creditore del danno patito, il legislatore italiano,

6. L'interesse moratorio, nell'ottica del decreto, si muove secondo coordinate diverse rispetto alla necessità di assicurare l'integrale risarcimento del danno patito dal creditore. Tale esigenza riaffiora ove si esaminino le disposizioni dettate al fine di assicurare il risarcimento dei costi di recupero e del maggior danno patito dal creditore, ed induce a ritenere che il legislatore, dopo aver assicurato, mediante la previsione dell'interesse moratorio, il rispetto del comando posto – adempimento tempestivo delle obbligazioni assunte – si sia anche preoccupato di precisare la persistente efficacia delle disposizioni codicistiche.

Se, infatti, lo strumento dell'interesse moratorio appare apprestato a tutela dell'interesse, superindividuale, al buon funzionamento del mercato, la ulteriore disciplina dettata dal decreto, mediante la previsione del risarcimento dei costi di recupero e dell'eventuale maggior danno, recupera la logica codicistica del risarcimento del danno, ribadendo la necessità che il creditore sia integralmente risarcito del danno patito³⁶⁰.

negando che nella quantificazione dell'obbligo in esame si debba tener conto dell'effetto compensativo dell'interesse moratorio, pare aver volutamente predisposto una struttura non ragionevole qualora la si interpreti in relazione al rapporto debitore-creditore rimasto ineseguito. Tale deroga, però, risulta giustificata dalla circostanza che la sanzione dell'interesse moratorio, ponendosi quale meccanismo volto a dare effettività al comando statale, può anche prescindere da tale relazione, dovendo essere valutata comunque ragionevole in relazione al diverso scopo perseguito. Se, quindi, risulta normativamente affermata la generale rilevanza della ragionevolezza quale principio informatore della disciplina generale del risarcimento del danno, risulta anche prevista una deroga tale generale principio, giustificata in funzione degli interessi superindividuali che la disciplina speciale persegue.

³⁶⁰ *Contra* M. GRONDONA, *Responsabilità del debitore e risarcimento del danno*, cit., p. 105, secondo il quale tanto l'interesse moratorio, quanto il

L'art. 6 del decreto prevede che il creditore abbia diritto al risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme “non tempestivamente corrispostegli”, costi che, comunque rispondenti ai principi di proporzionalità e trasparenza, possono essere determinati anche in base ad elementi presuntivi e tenuto conto delle tariffe forensi in materia stragiudiziale. La medesima norma, poi, lascia aperta la possibilità che, al creditore, sia anche riconosciuto il risarcimento dell'eventuale maggior danno patito.

La disposizione esaminata non pare porre problemi di armonizzazione con il dettato codicistico, del quale risulta essere niente più che una particolare specificazione³⁶¹.

Laddove il codice prevede che il risarcimento debba dirsi comprensivo tanto della perdita subita quanto del mancato guadagno³⁶², il decreto appare innanzitutto dare una particolare specificazione della nozione di danno emergente. I due principi a tal fine richiamati paiono, però, assolvere a due funzioni diverse: se, infatti, la trasparenza si pone quale metro di giudizio dell'onere della prova cui è tenuto il creditore, che richieda il risarcimento di tali costi³⁶³, il principio di proporzionalità pare essere asservito, in

risarcimento dei costi di recupero e dell'eventuale maggior danno sono strumenti posti a tutela delle ragioni economiche del creditore.

³⁶¹ Sul punto anche G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di “lotta” contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., p. 10: “Il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria derivante da una “transazione commerciale”, non diversamente dal ritardo nel pagamento di qualsiasi altro debito, legittima il creditore a richiedere il risarcimento dei danni che ne siano derivati, e cioè dei guadagni mancati e delle perdite subite a causa del ritardo”.

³⁶² Il riferimento, ovvio, è all'art. 1223.

³⁶³ Nei medesimi termini anche M. GRONDONA, *Responsabilità del debitore e risarcimento del danno*, cit., p. 105 e A. ZACCARIA, *La Direttiva*

relazione a quanto si è già avuto modo di evidenziare, alla necessità che l'obbligo rimasto inadempito e la conseguente obbligazione risarcitoria siano legate da un vincolo di adeguatezza³⁶⁴.

Il riferimento alle tariffe forensi in materia stragiudiziale appare una esplicazione del principio di trasparenza, consentendo una attenuazione del criterio presuntivo, inidoneo, di per sé, a dare applicazione dei principi informatori della disciplina codicistica e della legislazione speciale in commento. Il legislatore pare aver optato per una concretizzazione, in chiave proporzionale, della quantificazione dei costi di recupero, i quali saranno ragionevoli, purché commisurati ad un indice trasparente, quale quello insito nel riferimento alle tariffe forensi.

Con il richiamo alla nozione di maggior danno, poi, si è inteso richiamare espressamente, seppur solo in parte³⁶⁵, la tradizione legata alla disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1224³⁶⁶.

2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, cit., p. 269.

³⁶⁴ Si veda, a proposito della rilevanza dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, quali criteri di determinazione, qualitativa e quantitativa, dell'obbligo risarcitorio, quanto si è ritenuto di poter evidenziare al Capitolo 1, par. 12. In senso conforme, circa l'interpretazione delle due nozioni con specifico riguardo al decreto, si vedano M. GRONDONA, *Responsabilità del debitore e risarcimento del danno*, cit., p. 106 e A. ZACCARIA, *La Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 269.

³⁶⁵ Mentre, infatti, l'art. 1224 esclude il risarcimento del maggior danno qualora sia stata convenuta la misura dell'interesse moratorio, l'art. 6 decreto non prevede tale limitazione.

³⁶⁶ In tal senso, esplicitamente, la Relazione governativa al decreto di attuazione. G. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, cit., p. 1161, ritiene che la formula

Si è evidenziato come il secondo comma dell'art. 1224 sia sempre stato interpretato come la norma grazie alla quale i principi generali della responsabilità civile trovano asilo nell'alveo della disciplina speciale dettata dal codice per le obbligazioni pecuniarie³⁶⁷. Tale conclusione, nell'ambito di quanto innanzi

adottata dall'art. 6 non sia perspicua, “in quanto se il creditore ha diritto al risarcimento dei costi sostenuti, una volta che abbia dedotto e dimostrato quanto ha speso, sarà integralmente ristorato, senza che residui spazio alcuno per un maggior danno. Il riconoscimento di un maggior danno ha senso se il legislatore fissa un generale criterio forfetario di determinazione del *quantum* dovuto”. In realtà pare più corretto concludere che il legislatore abbia semplicemente voluto indicare separatamente le diverse poste risarcitorie in gioco, alla luce del tendenziale obiettivo dell'integrale risarcimento del danno patito dal creditore. In tale ottica, allora, i costi recupero appaiono una specificazione parziale della nozione di danno emergente, mentre l'eventuale maggior danno pare riferirsi alla circostanza che le spese affrontate non esauriscono l'intera area del danno patito. ciò, anche alla luce della circostanza che il legislatore interno non ha recepito quella parte della direttiva in cui si invitava a tener conto, nella quantificazione dell'obbligazione risarcitoria, all'effetto indirettamente compensativo dell'interesse moratorio.

³⁶⁷ L'orientamento tradizionale, che intende l'interesse moratorio ex art. 1224 primo comma una forma di quantificazione forfetaria del danno patito, ha interpretato il secondo comma nel senso che questo imponga al creditore di scegliere se seguire la via del risarcimento automatico, “accontentandosi” dell'interesse legale, ovvero quella, più impervia, della concreta dimostrazione del danno patito. In tale ottica, il maggior danno viene ad essere interpretato come quel danno che, essendo reale e maggiore al danno quantificato dall'interesse moratorio, deve essere concretamente dimostrato dal creditore. Pur pervenendo alla enucleazione di una ipotesi ricostruttiva diversa, in relazione alla quale l'interesse legale non opera alcuna predeterminazione forfetaria del danno patito, si è comunque ritenuto di evidenziare che, anche in

evidenziato, può essere ancora seguita in quanto, pur considerando l'interesse legale ex art. 1224 primo comma un accessorio dell'originaria prestazione, e non una forma di risarcimento del danno forfetizzata, resta valida l'affermazione che, al fine di ottenere l'integrale ristoro del reale danno patito, il creditore ha l'onere di dimostrarne la concreta dimensione qualitativa e quantitativa.

Pur muovendo da considerazioni di carattere sistematico del tutto diverse³⁶⁸, entrambe le disposizioni – l'art. 1224 secondo comma e l'art. 6 del decreto – prevedono che l'integrale risarcimento del danno patito spetti solo al creditore che ne dimostri concretamente l'entità e la riferibilità causale alla condotta del debitore.

La diversa funzione dell'interesse moratorio previsto dalle due norme può indurre a risolvere diversamente la problematica

materia di obbligazione pecuniaria, valgono, al fine di ottenere il risarcimento del danno patito, gli ordinari criteri predisposti dal codice. In particolare, nell'ambito della ipotesi prescelta, si è ritenuto che l'interesse legale costituisca accessorio dell'originaria prestazione dovuta, in quanto ancora legalmente possibile ed utile, e che il secondo comma dell'art. 1224 si limiti a richiamare le regole ordinarie, imponendo al creditore di dare piena dimostrazione del danno discendente dal ritardo con cui tale prestazione viene eseguita. In tal senso, appare in questa sede utile richiamare M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 106: "La norma, seguendo la tradizione, parla di 'maggior danno' e di 'ulteriore risarcimento'; ma in sostanza è come se dicesse che il creditore deve provare il 'danno effettivo'".

³⁶⁸ L'interesse moratorio previsto dall'art. 1224 primo comma, costituisce un accessorio della originaria prestazione dovuta, sicché la somma a tal titolo riconosciuta costituisce parte dell'obbligazione risarcitoria ed incide sulla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno. L'interesse moratorio previsto dal decreto, al contrario, poiché concesso al creditore a titolo sanzionatorio, si somma a quanto concesso a titolo di risarcimento del danno.

del cumulo tra questo e l'obbligazione risarcitoria³⁶⁹. L'interesse moratorio previsto dal decreto svolge la funzione di sanzionare il debitore, inducendolo ad adempiere tempestivamente. Il legislatore comunitario, si è già rilevato, aveva esplicitamente invitato il legislatore nazionale a tener conto, nella quantificazione dell'obbligazione risarcitoria, dell'effetto compensativo dell'interesse moratorio. Il legislatore nazionale, probabilmente avvalendosi della facoltà prevista all'art. 8, par. 2, della direttiva 200/35/CE, ha però optato per il risarcimento dei danni patiti a prescindere da qualsivoglia effetto dell'interesse moratorio.

Da quanto evidenziato, pare corretto desumere che il creditore potrà avere sempre accesso anche al risarcimento del danno ulteriore rispetto ai costi sopportati, dovendo però, in linea con quanto si è ritenuto di poter desumere in relazione ai principi generali, dare la piena prova di tale danno senza potersi avvalere di alcun tipo di presunzione giudiziale relativa alla propria qualifica di creditore imprenditoriale³⁷⁰.

Deve, conclusivamente, ritenersi che l'interpretazione del risarcimento del maggior danno ex art. 6 del decreto possa fra propri i risultati cui si è ritenuto di giungere in materia di risarcimento del maggior danno ex art. 1224 secondo comma, inducendo la giurisprudenza al recupero del rigore sistematico che, tradizionalmente, vigeva in materia di danno da inadempimento di obbligazioni pecuniarie. In tale ambito, può ritenersi, il principio di ragionevolezza pare infatti idoneo a costituire il cardine del sistema risarcitorio, imponendo un uso del tutto residuale delle presunzioni da parte del giudice chiamato a

³⁶⁹ Non si tratta, in questa ipotesi, di evitare che per il tramite della rivalutazione si duplichi il risarcimento delle medesime poste già coperte dall'interesse legale.

³⁷⁰ Deve trarsi da tale interpretazione un ulteriore argomento a supporto dell'invocato ritorno all'originario rigore in materia di prova del danno da inadempimento di obbligazioni pecuniarie.

vagliare la fondatezza delle domande risarcitorie avanzate dai creditori³⁷¹. Ciò che si traduce, per il creditore, nell'onere di

³⁷¹ Non può quindi essere condiviso il richiamo che parte della dottrina opera, nell'interpretare la disposizione relativa al maggior danno, alla attuale interpretazione dell'art. 1224. si veda, in tal senso, M. GRONDONA, *Responsabilità del debitore e risarcimento del danno*, cit., p. 103: "Nel caso in cui il creditore preferisca agire per ottenere il risarcimento del maggior danno l'onere della prova è articolato: occorre distinguere tra danno da svalutazione e danno diverso. La prova del maggior danno è in *re ipsa*, mentre il danno diverso va provato, nel senso che creditore deve provare l'uso che avrebbe fatto della somma oggetto dell'obbligazione: è noto che, con riferimento al creditore-imprenditore, si applicano presunzioni connesse con il normale impiego del denaro nel ciclo produttivo, in funzione di autofinanziamento o di copertura endogena del capitale". Si auspica che tale armamentario argomentativo venga pian piano smantellato, alla luce delle argomentazioni espresse nel corso del secondo capitolo. La svalutazione, di per sé, non è danno che possa trovare soddisfazione per il tramite dell'obbligazione risarcitoria; l'utilizzo di presunzioni, non risulta condivisibile, alla luce dei dati normativi, che impongono che il creditore provi concretamente il danno patito. Al contrario di quanto ritenuto dalla dottrina esaminata, il risarcimento del danno da svalutazione non è in linea con il principio dell'integrale risarcimento, espresso dal decreto, in quanto si tratta di posta risarcitoria per sua natura estranea all'obbligazione risarcitoria, nella quale può confluire, in linea con quanto è possibile desumere dall'art. 429 c.p.c., solo ove sia presente una espressa previsione legislativa in tal senso. Pur nell'ambito di una diversa ipotesi ricostruttiva, anche G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., p. 11 concorda nel ritenere che il creditore sia chiamato ad una puntuale dimostrazione del pregiudizio che assume di aver patito.

provare tutte le circostanze dalle quali desume di aver patito un danno³⁷².

7. L'attuazione della disciplina dettata dal decreto impone la necessità di armonizzare la disciplina prevista dalla direttiva 2000/35/CE con quella prevista dalla legge 18 giugno 1998, n. 192 in materia di subfornitura³⁷³. La dottrina che si è occupata di tale problematica ha individuato, in relazione allo specifico ambito trattato, due aree di possibile contrasto tra le discipline: le regole sui termini legali e quelle sul calcolo del saggio di interesse³⁷⁴.

Ad un primo esame del decreto in commento, può ritenersi che il legislatore abbia solo parzialmente adempiuto il

³⁷² E dunque, concretamente, fornire la prova di aver dovuto far ricorso al credito bancario per sopperire alla interruzione e/o riduzione dei flussi di cassa ascrivibile al ritardato pagamento; ovvero di aver dovuto, per tale motivazione, utilizzare integralmente il proprio portafoglio finanziario per sopportare la diminuita liquidità; ovvero ancora di non aver potuto effettuare investimenti programmati.

³⁷³ In linea peraltro con quanto previsto dalla legge di delega. Al di là di quanto previsto dall'art. 26 della l. 39/2002, la necessità di coordinare i due provvedimenti si pone in conseguenza del medesimo ambito applicativo che questi possono avere. In tal senso G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., p. 14: "Nella nozione di 'transazione commerciale' sono senz'altro suscettibili di essere ricompresi tutti i negozi appartenenti alla categoria dei 'contratti di subfornitura', onde le nuove disposizioni del d. legisl. n. 231 del 2002 sono destinate a trovare applicazione anche ai contratti assoggettati alla 'Disciplina della subfornitura nelle attività produttive' dettata dalla l. 18 giugno 1998, n. 192". In effetti anche tale ultima disciplina, merita di essere ricordato, è stata approvata anche in applicazione delle Raccomandazione del 1995 cui si è già fatto cenno.

³⁷⁴ Si tralascia, in questa sede, la verifica dei rapporti esistenti tra i due controlli di carattere contenutistico che entrambe le discipline prevedono.

fondamentale compito di dare coerenza al sistema, avendo omologato esclusivamente la disciplina relativa al calcolo del saggio dell'interesse moratorio³⁷⁵.

La scelta operata, però, appare coerente alla diversa funzione che i termini previsti dalle due discipline appaiono assumere: mentre la legge 192/1998 si occupa di disciplinare il tempo dell'adempimento, il decreto di attuazione si occupa di individuare il momento dal quale decorrono gli interessi moratori³⁷⁶. E così, mentre la disciplina del contratto di subfornitura prevede un termine legale di adempimento, alla cui scadenza il debitore è automaticamente costituito in mora, la disciplina del ritardato pagamento si preoccupa di individuare un termine di decorrenza dell'interesse moratorio, a prescindere dalla circostanza che questo, accidentalmente, possa coincidere con il termine di adempimento dell'obbligazione.

Tale diversa funzione dei due termini appare funzionale al diverso scopo perseguito dalle norme, sicché può condividersi la scelta operata dal legislatore, il quale si è esclusivamente

³⁷⁵ In tal senso G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., p. 15, il quale ritiene che il legislatore, nel lasciare invariato il termine indicato all'art. 3, comma 2, del provvedimento esaminato, si sia implicitamente avvalso della facoltà conferitagli dall'art. 3, par. 2, della direttiva 2000/35/CE.

³⁷⁶ In effetti, mentre legge 192/98, all'art. 3, comma 2, prevede che "il prezzo pattuito deve essere corrisposto in un termine che non può eccedere i sessanta giorni dal momento della consegna del bene o dell'avvenuta esecuzione della prestazione", precisando al successivo comma 3 che da tale momento sia dovuto l'interesse moratorio, senza necessità di costituzione in mora, l'art. 4 del d. lgs. 231/02, prevede che "gli interessi decorrono, automaticamente, senza che sia necessaria la costituzione in mora" ove siano decorsi trenta, ovvero, a seconda dei casi, sessanta giorni da uno dei fatti giuridici previsti.

preoccupato di equiparare il saggio di interesse legale moratorio dovuto³⁷⁷. In tale ottica, si può ritenere che il legislatore, in relazione al contratto di subfornitura, abbia strutturato l'obbligazione risarcitoria, graduando la sanzione su due livelli di intervento, dei quali il primo ancorato al tasso di interesse previsto dal decreto n. 231/2002, ed il secondo commisurato al 5% dell'importo dovuto in relazione al quale il debitore non ha rispettato i termini, da corrispondere a titolo di penale legale³⁷⁸.

³⁷⁷ *Contra* G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., p. 15, il quale ritiene che "in mancanza di una pattuizione apposita (ovvero nel caso di nullità della pattuizione eventualmente intercorsa tra le parti), deve ritenersi che il termine entro il quale va effettuato il pagamento non sia quello indicato dal comma 2, prima frase, dell'art. 3 della legge 192 del 1998 (60 giorni dalla consegna del bene o dalla comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione), bensì il termine 'legale' di cui all'art. 4, comma 2, del d. legisl. n. 231". Tale conclusione non può essere condivisa, oltre che per le motivazioni evidenziate nel testo, anche perché contrastante con la regola ermeneutica secondo cui la legge speciale, sebbene anteriore, non risulta mai implicitamente abrogata dalla legge generale posteriore. In tal senso anche A. FRIGNANI – O. CAGNASSO, *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 312: "Qualora la subfornitura sia riconducibile ad un contratto d'appalto di servizi, le norme difformi in tema di subfornitura prevarranno su quelle contenute nel decreto legislativo in commento, in quanto aventi, rispetto al medesimo, carattere di specialità".

³⁷⁸ In relazione alla diversa funzione che paiono assolvere, nell'ottica del contratto di subfornitura, gli strumenti dell'interesse moratorio e della penale legale del 5%, entrambi previsti dall'art. 10, legge 192/1998, A. FRIGNANI – O. CAGNASSO, *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 310, osservano che solo alla penale del 5% può essere assegnata funzione punitiva, mentre l'interesse moratorio sarebbe assegnato esclusivamente in virtù del

Anche nell'ipotesi esaminata, infine, al creditore dovrà essere accordato il risarcimento dei costi di recupero, trasparenti e proporzionati rispetto al debito, e dell'eventuale maggior danno patito, che sia ulteriore rispetto ai costi affrontati³⁷⁹.

8. Qualche breve considerazione, infine, con lo scopo di individuare l'efficacia sul sistema nel suo complesso delle regole esaminate³⁸⁰.

danno finanziario provocato dal ritardo, e quindi solo in funzione deterrente.

³⁷⁹ Al risultato della omologazione del contenuto dell'obbligazione risarcitoria in materia di subfornitura a quella prevista, in via generale dal decreto n. 231/2002, può comodamente giungersi per via interpretativa, ove si faccia riferimento a quanto già evidenziato. In primo luogo, soccorre l'argomento che, non prevedendo la legge 1992/98 una disciplina specifica sul punto, ben può ritenersi applicabile la disciplina generale dettata dal decreto. A ciò si aggiunga, poi, che se al risarcimento integrale dei costi di recupero può giungersi ove si consideri tale locuzione una specificazione della nozione di danno emergente, il risarcimento dell'eventuale maggior danno altro non costituisce che il richiamo ai principi generali dettati in materia dalla disciplina generale del risarcimento del danno da inadempimento delle obbligazioni pecuniarie. Il richiamo al principio di proporzionalità, inoltre, è a sua volta una concreta specificazione del rapporto che si è ritenuto sussistere tra obbligo inadempito ed obbligazione risarcitoria, affinché possa essere affermata la effettiva satisfattoria di tale modalità alternativa di estinzione del rapporto. Perviene alla medesime conclusioni, pur argomentando in base a considerazioni diverse, anche G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., p. 15.

³⁸⁰ Operazione, questa, sempre più necessaria, considerata la mole di interventi comunitari in materia contrattualistica. Deve essere condiviso quanto rilevato di recente da A. LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in I

L'intervento comunitario tradotto nel d.lgs. 231/2002, presenta talune caratteristiche, che lo rendono particolarmente idoneo ad agitare il dibattito relativo agli strumenti di riequilibrio contrattuale. In tale ambito, deve ritenersi che il modello *consumeristico* abbia, per certi versi, impedito di cogliere l'essenza degli interventi che, nel corso del tempo hanno inciso sul tessuto del codice del 1942. E deve sorprendere, non poco, come l'incidenza sul codice civile sia stata la conseguenza di una duplice condizione, non voluta ma alacramente sfruttata da un legislatore, al quale spesso si è, giustamente, contestato di peccare quanto a visione sistematica del problema delle relazioni intersoggettive.

La scelta dei compilatori del codice, secondo la quale i rapporti interprivati devono essere unitariamente disciplinati, vedano questi, o meno, coinvolte situazioni giuridiche soggettive di tipo commerciale, è stata infatti sottoposta ad un incessante logorio da parte della legislazione speciale di matrice comunitaria. A tale scelta ha fatto da contr'altare la circostanza, sorprendente, che il tessuto del codice sia stato nel corso degli anni vivificato proprio dall'opera del legislatore in materia commerciale³⁸¹.

contratti, 11, 2002, p. 1048 circa la necessità di “stabilire se il sistema nel suo complesso abbia retto alla spinta esercitata dall'enorme massa di norme che impetuosamente e abbastanza repentinamente sono state immesse nella nostra legislazione e se quindi sia ancora possibile – con specifico riguardo al fenomeno delle violazioni del contratto e dei relativi mezzi di tutela – disegnare un sistema unitario o si sia invece arrivati ad un punto che rende inevitabile una frammentazione in sottosistemi governati ciascuno da differenti regimi e da diversi apparati rimediali”.

³⁸¹ Si vedano: le direttive 87/102/CE e 90/88/CE in materia di credito al consumo, attuate con le leggi 19 febbraio 1992, n. 142 e 17 febbraio 1992 n. 154; la direttiva 90/314/CE concernente i pacchetti turistici che hanno ad oggetto i viaggi, le vacanze ed i circuiti “tutto compreso”, attuata con il d. lgs. 17 marzo 1995, n. 111; la direttiva 93/13/CE sulle

L'impostazione prescelta negli interventi di legislazione speciale ha però nella maggior parte dei casi indotto gli interpreti ad assumere che destinatario della tutela di volta in volta apprestata fosse il consumatore, inteso quale soggetto debole dinanzi ad una impresa che non poteva essere lasciata libera di operare³⁸². Sulla scorta di tale premessa si è assistito al sorgere, ed al successivo consolidarsi, di un sistema di tutele, che può assumersi, senza tema di smentita, essere lo strumentario più moderno ed efficace posto a protezione di situazioni giuridiche soggettive deboli. In tale prospettiva si è giunti ritenere che la debolezza contrattuale – intesa quale deminuta attitudine a contrattare condizioni favorevoli – sia divenuta una sorta di paradigma, al quale ancorare la necessità di una disciplina calmieristica di tutela³⁸³.

clausole abusive, attuata con legge 6 febbraio 1996, n. 52 (legge comunitaria 1994); la direttiva 93/22/CE sui servizi di investimento, attuata con il d. lgs 23 luglio 1996, n. 415; la direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente nei contratti relativi alla acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, attuata con d. lgs. 9 novembre 1998, n. 427; la direttiva 1999/44/CE sulle garanzie nella vendita di beni di consumo, attuata con il d. lgs. 2 febbraio 2002, n. 24; la direttiva 98/27/CE sui provvedimenti inibitori, recepita con il d. lgs. 23 aprile 2001, n. 224; la direttiva 2000/35/Ce in commento.

³⁸² In tal senso, di recente, A. LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, cit., p. 1038: "Si può quindi affermare che nella materia che attiene alla in attuazione dello scambio e alle tutele contrattuali, la quasi totalità delle disciplina di fonte comunitaria muove dall'esigenza di protezione del consumatore?"

³⁸³ Si vedano, però, le riflessioni di V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 51 ss, secondo il quale il nuovo paradigma contrattuale non si fonda solo sulla qualità soggettiva dei contraenti, ma su un elemento più

La *ratio* di tutela del consumatore si è nel tempo trasformata in una sorta di postulato, una nozione di base dalla quale partire al fine di identificare i contorni della normativa di matrice comunitaria³⁸⁴. Al sistema che si veniva così delineando faceva da corollario la convinzione che ai rapporti tra imprese, così come a quelli tra privati, fossero inapplicabili tali strumenti di tutela, quasi che questi fossero una sorta di terra di nessuno, nella quale la contrattazione veniva lasciata alla logica del più forte, e nella quale la parte debole altri strumenti non aveva, se non alcuni spuntati residuati rinvenibili nel tessuto codicistico³⁸⁵.

La disciplina del contratto di subfornitura ha, in tale ottica, introdotto una novità di non poco momento: anche in rapporti “presuntivamente” paritari può sussistere una problematica di asimmetria di potere contrattuale³⁸⁶. Il sistema è risultato, per tale

generale: “E’ l’elemento che una volta si sarebbe definito come ‘debolezza’ di una parte rispetto all’altra, e che in linguaggio più moderno può oggi denominarsi come asimmetria di potere contrattuale. C’è asimmetria di potere contrattuale far consumatori e professionisti, ma non solo...”.

³⁸⁴ Anche se vi è stato chi, sin da subito, ha evidenziato come lo schema consumeristico fosse inidoneo ad evidenziare la complessità del fenomeno oggetto di tutela. In tal senso P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in ID. *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, cit., p. 306: “La qualità di consumatore è soltanto un aspetto della persona, un aspetto parziale di una realtà complessa, ove gli individui non possono essere distinti esclusivamente tra produttori e consumatori, giacché sono innanzitutto uomini”

³⁸⁵ In tal senso R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio p prodromo di tempi migliori?*, cit., p. 717 ss.

³⁸⁶ Il problema in realtà ha avuto un momento di precedente emersione in sede di elaborazione dei Principi UNIDROIT in materia di contratti commerciali internazionali, nel quale specifica disciplina riceve la problematica dello squilibrio contrattuale. Sul punto, si veda R.

via, arricchito della nuova consapevolezza che, anche tra imprese, può verificarsi la posizione di regole contrattuali *inique*, dalle quali derivi una situazione di squilibrio economico e normativo³⁸⁷. E che ove tale squilibrio non sia stato *liberamente voluto*, la regola contrattuale nella quale questo si trovi consacrato non può essere avallata dall'ordinamento³⁸⁸.

Con la disciplina dei ritardati pagamenti questa impostazione risulta perseguita con maggiore convinzione³⁸⁹. Si assume che

PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv.crit. dir. priv.*, 1995, p. 544, in nota.

³⁸⁷ In tal senso, espressamente, F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, cit., p. 351.

³⁸⁸ Come notano R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio p prodromo di tempi migliori?*, cit., p. 724: "Non è, infatti, difficile riconoscere nella trama delle norme (imperative) riguardanti la forma, il contenuto e la list(in)a nera di clausole giudicate nulle *a priori*, gli assi portanti del tipo di protezione che ricorre nella legislazione europea sui contratti coi consumatori".

³⁸⁹ Come rilevato anche da E. MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in F. DI MARZIO (a cura di) *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 206: "In dottrina, si sottolinea come il legislatore comunitario (e, sulle sue orme, quello italiano) sia intervenuto per la prima volta su un punto centrale delle obbligazioni e dei contratti, senza trincerarsi dietro il 'paravento' della necessità di tutelare il consumatore". Osserva infatti G. FAUCEGLIA, *Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 313: "In tal modo, la disciplina comunitaria sembra orientarsi nel dare un contenuto concreto allo stesso fenomeno della dipendenza economica: l'equilibrio delle prestazioni diviene oggetto di valutazione anche quando il contratto sia concluso tra operatori commerciali, in un campo nel quale il diritto dei contratti è tendenzialmente restio ad accogliere qualsiasi

sussistano determinati indici, la cui presenza deve intendersi di per sé idonea a consentire un giudizio di iniquità della regola, senza che a fondamento di tale iniquità si necessario porre l'esistenza di situazioni di asimmetria di potere contrattuale tra le parti coinvolte³⁹⁰. Laddove l'art. 9 della legge 192/1998 faceva esplicito riferimento all'esistenza di una situazione di dipendenza economica, al fine di sanzionare l'imposizione di stipulazioni contrattuali pregiudizievoli, il d.lgs. 231/2002 punta con decisione sulla nullità del patto gravemente iniquo, desumendo tale iniquità da indici quali la corretta prassi commerciale, la natura delle merci e dei servizi oggetto del contratto, le condizioni soggettive delle parti ed i particolari rapporti commerciali tra queste esistenti ed ogni altra circostanza utile, che non sono tutti riconducibili a condizioni soggettive dei partner contrattuali³⁹¹.

Ma nel rapporto tra disciplina speciale, con il corollario di principi di cui questa si fa portatrice, e ordinamento nel suo

strumento di controllo sulle situazioni di disparità di potere tra imprese”.

³⁹⁰ Ed infatti L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 81 conclude nel senso che la nozione di accordo iniquo stia ad esprimere “una valutazione oggettiva indipendente dalla verifica di un'intenzione abusiva di una delle parti”.

³⁹¹ Ed anzi, alcuni di essi paiono individuare veri e propri indici oggettivi. Si pensi alla nozione di corretta prassi commerciale, che pare essere una specificazione del generale canone di correttezza, così come la natura delle merci e dei servizi, che appare essere in intima coerenza con quanto previsto in materia di contratto del consumatore (ove la clausola può essere considerata vessatoria anche facendo riferimento alla natura del bene o del servizio oggetto del contratto). Si veda, inoltre, E. MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, cit., p. 208, il quale annovera tra le altre circostanze cui il giudice deve far riferimento anche le modalità di conclusione del contratto

complesso, quest'ultimo è risultato arricchito di una nuova sensibilità verso il problema della imposizione di clausole contrattuali³⁹². Tale nuova sensibilità, una volta che si sia andati oltre il paradigma della necessaria sussistenza di rapporti tra professionisti e consumatori³⁹³, è in grado, vivificando la scelta unitaria posta dai compilatori del codice, di giustificare l'estensione, per via analogica, delle regole dettate dalla legislazione speciale anche a rapporti diversi da quelli specificamente individuati, purché sia possibile evidenziare una identità di *ratio*, tra le ipotesi espressamente previste dal legislatore ed altre, che pur manifestino le medesime esigenze di tutela.

Una volta acquisito al sistema il principio che, ove vi siano situazioni di asimmetria di potere contrattuale, l'abusivo utilizzo

³⁹² Si rammenti come, tra i canoni interpretativi enucleati dal E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 1948, p. 47, di particolare importanza, in relazione alla problematica esaminata, sia il canone della totalità o coerenza, in virtù del quale è possibile individuare una relazione che lega le singole parti al tutto e viceversa, imponendo che il sistema sia reciprocamente coerente con sé stesso e con le parti che lo compongono: "reciprocità tale, che consente d'intraprenderne l'interpretazione sia assumendo d'intendere l'unità del tutto per mezzo delle singole parti, sia assumendo d'intendere il valore delle singole parti in virtù dell'unità del tutto". L'applicazione del canone interpretativo così individuato consente di individuare una relazione tra la legislazione speciale esaminata e l'ordinamento nel suo complesso, di modo che la clausola generale di buona fede possa dirsi ulteriormente arricchita in relazione ad un processo legislativo che negli anni ne ha di volta in volta precisato il contenuto.

³⁹³ Operazione ermeneutica, questa, già intrapresa con successo da V. BUONOCORE, *Contratti dei consumatori e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, pp. 1 ss., F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 423 e U. RUFFOLO, *Ricodificazione ed interpretazione estensiva, sistematica ed analitica della novella*, in *ID. Clausole vessatorie e abusive*, Milano, 1997, pp. 11 ss.

delle prerogative pur concesse dall'ordinamento può tradursi nell'imposizione di regole inique non liberamente volute, deve darsi applicazione a tale principio a prescindere dalla presenza, nella fattispecie concreta, di parti commerciali. La normativa esaminata reca, indelebile, l'attuazione di un principio, che riposa non sulle qualità soggettive delle parti, ma su di una situazione di fatto – *l'asimmetria di potere contrattuale* – che tali situazioni si limitano ad esemplificare. Ciò, può ritenersi, deve indurre l'interprete, nell'ottica di un sempre maggior utilizzo della nozione di abuso del diritto³⁹⁴, ad applicare le regole sancite nel d.lgs. 232/2002 al di là delle ipotesi in cui parti coinvolte siano due imprenditori, in applicazione di quei precetti che, contenuti agli art. 2 e 3 della Carta costituzionale, impongono di modellare tutti i rapporti interprivati in relazione al canone della solidarietà sociale, intesa quel strumento di costruzione di corrette relazioni intersoggettive.

Si è precisato come l'ottica in cui si è mosso il legislatore comunitario sia stata quella di favorire la costituzione di un modello di mercato improntato sul principio della correttezza dei comportamenti delle parti coinvolte. Tale impostazione di fondo, però, una volta tradotta in un provvedimento interno, deve essere posta in relazione a quei precetti di matrice costituzionale, che

³⁹⁴ Intesa, conformemente a quanto già evidenziato da F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, cit., p. 324, e da M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 88, quale espressione della clausola generale di buona fede, e dunque quale strumento attuativo dell'orientamento solidaristico espresso dalla Carta costituzionale. Per una bibliografia, minima, circa l'interpretazione prescelta della nozione di abuso del diritto, si vedano: S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, p. 167 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 234; G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1992, p. 100 ss.

impongono la solidarietà sociale quale modello di riferimento di tutte le relazioni intersoggettive, siano esse, o meno, intercorse tra parti commerciali³⁹⁵. In tale ottica, una interpretazione che limitasse la particolare tutela apprestata dal decreto in esame ai soli rapporti commerciali, sarebbe condivisibile solo ove non si ponesse in contrasto con il precetto di cui all'art. 3 della Carta costituzionale.

Norme e principi vivono in un costante rapporto dialettico. Evidenziata la *ratio* di una norma, è sempre necessario riferire il risultato di tale prima interpretazione al principio che tramite questa viene attuato. La rilevanza dei principi generali, però, qualora si tratti di interpretare norme di derivazione sopranazionale, deve consigliare all'interprete una ulteriore verifica, volta ad evidenziare se i principi generali dell'ordinamento possano, per il tramite del nuovo strumento

³⁹⁵ Il mercato, in buona sostanza, non è un'isola in mezzo al mare, ma solo una delle modalità esplicative della personalità umana. Circa la rilevanza della questione esaminata sotto il profilo della corretta attuazione, anche tramite il mercato, dei valori costituzionali si veda P. PERLINGIERI, *Mercato solidarietà e diritti umani*, in ID. *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003. p. 254: "Il mercato si prospetta come rischio, ma ragionevolmente prevedibile, come concorrenza tra iniziative, ma leale e corretta, per di più garantita da regole e da limiti. La funzione del mercato si desume dagli stessi valori che, immanentemente, dall'interno vincolano la libertà economica legittimandola come potere di rilevanza costituzionale. In questo consiste il nesso decisivo tra libertà di iniziativa economica e valori personalistici e solidaristici della Costituzione, là dove 'inviolabili' sono i diritti dell'uomo e 'inderogabili' sono i doveri di solidarietà economica, politica e sociale, e là dove le situazioni patrimoniali – impresa, proprietà, contratto – non possono non avere una funzione socialmente rilevante e soprattutto non possono non realizzarsi in conformità ai valori della persona umana".

normativo, trovare maggiore applicazione³⁹⁶. L'interpretazione della norma, allora, è il risultato di tale duplice operazione ermeneutica, che dalla regola risale al principio, ed una volta identificato questo, ridiscende alla regola per definirne il contenuto, che solo a seguito di tale duplice passaggio può dirsi parte coerente del sistema nel suo complesso.

Nella dialettica tra principi generali e legislazione speciale, può allora dirsi che il sistema consenta di dare ulteriore attuazione, attraverso il metodo ermeneutico dell'interpretazione analogica³⁹⁷, a regole, quali quelle previste dal decreto, che appaiono volte a dare concreta attuazione a principi propri dell'ordinamento³⁹⁸. Ciò, deve ulteriormente ritenersi, anche in

³⁹⁶ Il legislatore comunitario ha emanato la disciplina poi recepita nel d. lgs. 231/2002 al fine di assicurare tutela al buon funzionamento del mercato interno. La *ratio* del provvedimento comunitario, però, una volta che questo sia introdotto in una normativa interna, deve essere verificata alla luce dei principi dei quali è portatore l'ordinamento nel quale tale normativa è chiamata ad operare.

³⁹⁷ Da intendersi quale particolare metodo di applicazione dei principi dell'ordinamento. In tal senso si veda P. PERLINGIERI e F. FEMIA, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 95: "Vi è una regola applicabile ad un fatto ma non applicabile (direttamente) ad un altro. Tale altro fatto non è disciplinato da alcuna regola. La regola del primo fatto, come qualsiasi regola, è giustificata da un principio. Questo principio è applicabile anche al fatto non regolato: poiché sul fatto non regolato il principio incide allo stesso modo, la regola del primo fatto è applicata al secondo per analogia. L'analogia è quindi una ipotesi particolare di applicazione del medesimo principio a due fattispecie".

³⁹⁸ E dunque non solo buon funzionamento del mercato, secondo lo schema concettuale che, in virtù dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, consente al legislatore comunitario interventi in materie di competenza del legislatore interno, ma anche solidarietà

contrasto con la scelta limitativa operata dal legislatore comunitario³⁹⁹.

Se è vero che lo squilibrio contrattuale è problema che riguarda qualsivoglia relazione intersoggettiva, sia essa intercorsa tra professionisti e consumatori, ovvero tra impresa “forte” ed impresa “debole”, parrebbe non sussistere alcun argomento, mediante il quale escludere l’applicazione degli strumenti di tutela predisposti in attuazione delle direttive comunitarie alla relazione tra privato “forte” e privato “debole”⁴⁰⁰. Sicché pare possibile

sociale ed uguaglianza sostanziale, secondo quanto previsto dalla Carta costituzionale.

³⁹⁹ *Contra* la quasi totalità dei commentatori, che ha escluso possibilità di applicazione ulteriore della disciplina in commento. In tal senso, tra gli altri, A. M. BENEDETTI, *L’ambito applicativo*, cit., p. 37. *Contra*, G. FAUCEGLIA, *Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 313, secondo il quale la circostanza che il provvedimento comunitario appaia finalizzato alla tutela del mercato “non basta, però, a configurare la direttiva come esclusivamente finalizzata alla tutela delle piccole e medie imprese, essa sembra piuttosto finalizzata a salvaguardare i creditori *tout-court*, prescindendo dalla loro qualità, anche se poi, nel concreto sono proprio le piccole e medie imprese a soffrire maggiormente dei ritardi nei pagamenti”.

⁴⁰⁰ Conclusione, questa, cui giunge F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l’abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, cit., p. 354, in relazione alla possibilità di estendere l’applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica al di là delle ipotesi espressamente identificate dal legislatore. Giova riportare in questa sede parte delle conclusioni cui giunge l’autore, che devono ritenersi non solo condivisibili, ma ulteriormente confortate dalla disciplina posta dal decreto in commento: “Se, inoltre, si conviene sulla conclusione, che sembra in verità difficilmente contestabile, secondo la quale la tutela del contraente debole trova la propria giustificazione nel programma di solidarietà e di eguaglianza sostanziale tracciato dalla Costituzione,

concludere nel senso che, qualora sia ravvisabile una situazione di fatto astrattamente riconducibile a quella identificata dal decreto – *imposizione di una regola che sia iniqua e non liberamente voluta in virtù dell'esercizio di una situazione di supremazia di potere contrattuale*⁴⁰¹ – alle sanzioni ivi previste possa darsi applicazione anche ove le parti

coerenza impone di dare ad una tale tutela la massima espansione e, dunque, di porre l'equilibrio economico delle prestazioni contrattuali al centro della ricostruzione dello statuto generale del contratto. Ciò, in concreto, dovrebbe indurre innanzi tutto, ad intendere il divieto di abuso di dipendenza economica in senso ampio, come, cioè, divieto di approfittare della condizione di debolezza in cui versa, per qualunque ragione, l'altro contraente per conseguire vantaggi del tutto esorbitanti rispetto alla natura del contratto". L'impostazione esaminata risulta, come detto, confermata ed ulteriormente rafforzata dall'esame della disciplina dettata in materia di ritardo di pagamento, ed induce a confermare come sia ormai acquisito al sistema una clausola generale da far valere in ogni sede in quanto espressiva di principi propri dell'ordinamento, di valore costituzionale.

⁴⁰¹ Non risulta infatti corretto assumere che, dall'applicazione della disciplina esaminata, sia possibile inferire una autonoma rilevanza dello squilibrio economico. Il presupposto su cui si fonda l'applicazione dei rimedi di volta in volta considerati è che lo squilibrio economico sia il frutto di una imposizione del più forte sul più debole. Ove ciò non sia, l'eventuale mancanza di equilibrio tra le prestazioni, che sia il frutto del corretto dispiegarsi dell'autonomia contrattuale delle parti coinvolte, è circostanza del tutto irrilevante per l'ordinamento. Resta ancora attuale la precisazione di G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 56: "La normativa costituzionale, segnando il superamento della concezione individualistica del diritto privato, ha inciso in maniera determinante nei conflitti di interessi connessi con la circolazione dei beni o la prestazione di servizi, ma non nel senso di porre la necessità dell'adeguatezza e proporzionalità tra ciò che dà o fa e ciò che si riceve in cambio".

coinvolte non siano di natura commerciale, in applicazione del precetto di cui all'art. 3 Cost⁴⁰².

9. Altra questione di rilevanza sistematica posta dalla disciplina esaminata è quella che è possibile trarre dalla particolare relazione – di ragionevolezza - che la direttiva individuava, tra obbligo inadempito ed obbligazione risarcitoria.

Ripercorrendo brevemente gli esiti cui l'indagine svolta è pervenuta, si è individuata la naturale funzione delle norme dettate in materia di responsabilità civile nel consentire una sorta di “sterilizzazione” dell'interesse creditorio⁴⁰³. L'obbligazione, si è ritenuto, è rapporto di cooperazione tra situazione giuridica debitoria e creditoria, teleologicamente orientato verso la soddisfazione dell'interesse creditorio, pur senza comprimere l'interesse della parte obbligata. Da una siffatta accezione del rapporto si è fatta discendere la conseguenza che solo lo spontaneo comportamento attuativo del debitore possa porsi quale modalità normale di estinzione del vincolo⁴⁰⁴, dovendo essere assunto che la esecuzione forzata possa soddisfare, in via esclusiva, il diverso ed ulteriore interesse che sorge in conseguenza dell'inadempimento⁴⁰⁵.

⁴⁰² Norma, questa, che, come evidenziato da P. PERLINGIERI e R. MESSINETTI, *Principi fondamentali*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione*, Napoli, 1997, p. 16, impone all'ordinamento di dare alla istanza primaria della parità sociale “attuazione positiva là dove il pieno e libero sviluppo della persona sia ostacolato da condizioni economiche e sociali tali da incidere negativamente sull'esercizio effettivo delle libertà fondamentali, sì da escludere che vi sia eguaglianza”. Si veda, inoltre, quanto precisato da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 183 e *passim*, circa la rilevanza del principio di eguaglianza costituzionale sugli istituti del diritto civile.

⁴⁰³ Cfr. capitolo primo, paragrafo 8.

⁴⁰⁴ Cfr. capitolo primo, paragrafo 5.

⁴⁰⁵ Cfr. capitolo primo, paragrafo 7.

La funzione cui mira la struttura predisposta dal legislatore codicistico, allora, è proprio quella di costituire un rapporto che, preso atto della mancata cooperazione del debitore, possa essere estinto anche mediante una esecuzione di tipo coattivo. In tale peculiarità si è ritenuto di poter identificare il carattere precipuo dell'obbligazione risarcitoria, che si pone quale unico rapporto il cui esatto adempimento possa essere ottenuto anche contro la volontà del debitore. Se è vero che l'obbligazione è una struttura posta dall'ordinamento al fine di dare attuazione al valore, di matrice costituzionale, della cooperazione solidale, è se è vero che l'inadempimento si pone quale momento di irreversibile crisi di tale valore, allora l'unica alternativa per l'ordinamento è consentire la nascita di un nuovo rapporto, la cui esecuzione possa prescindere dalla cooperazione del debitore: l'obbligazione risarcitoria.

Si è quindi ritenuto di poter ricostruire il fenomeno esaminato nell'ottica di un complessivo effetto novativo di matrice legale, in conseguenza del quale si assiste, a seguito dell'inadempimento, al duplice effetto di veder estinguere l'originario rapporto, in funzione del quale sorge l'obbligazione risarcitoria, la quale, diversa per titolo e per oggetto rispetto all'originario vincolo, si pone quale strumento di soddisfazione dell'interesse creditorio a veder rimosse le conseguenze negative ascrivibili alla mancata o ritardata esecuzione dell'originario programma obbligatorio⁴⁰⁶. Perché, però, sia possibile ricostruire la fattispecie in termini soddisfattivi per il creditore, è necessario, si è ritenuto, che tra l'obbligo rimasto inadempito e l'obbligo risarcitorio sussista un rapporto di proporzionalità ed adeguatezza. Solo qualora l'obbligazione risarcitoria sia esattamente proporzionata rispetto all'obbligazione non adempiuta, potrà dirsi che la struttura predisposta dal legislatore

⁴⁰⁶ Cfr. capitolo primo, paragrafo 9.

all'art. 1218 abbia perseguito la propria funzione naturale, che è quella di porre nel nulla le conseguenze dell'inadempimento.

Ove la prestazione originaria permanga possibile ed utile, allora, contenuto dell'obbligazione risarcitoria sarà questa, unitamente ad una somma di denaro che compensi il creditore del ritardo con cui perviene all'acquisizione dell'utilità originariamente programmata; ove, al contrario, tale prestazione risulti non più possibile, ovvero inutile per il creditore, contenuto dell'obbligazione risarcitoria sarà una somma di denaro, complessivamente indicativa tanto della originaria mancata prestazione quanto del danno che da tale inesecuzione è dipeso.

Chiarito, però, come l'effetto prodotto dall'inadempimento potesse essere riferito ad una novazione legale, si è stati quasi costretti ad ammettere come il debitore abbia sempre la possibilità di avvalersi di tale modalità alternativa di estinzione del vincolo, avendo, di contro, il creditore il potere di determinare dal punto di vista contenutistico l'obbligo risarcitorio, qualora la prestazione originariamente dovuta permanga possibile successivamente alla scadenza del termine per l'adempimento⁴⁰⁷.

Nella prospettiva delineata si è ritenuto che l'obbligazione pecuniaria si caratterizzasse per il suo necessario riferimento alla prima delle due ipotesi innanzi evidenziate. La prestazione pecuniaria, se da un lato risulta sempre possibile, imponendo la persistente responsabilità del debitore, dall'altro risulta anche sempre utile, avendo il legislatore sancito espressamente tale

⁴⁰⁷ Avendo ritenuto che, qualora l'originaria prestazione permanga possibile ed utile pur successivamente all'inadempimento, il solo creditore abbia la facoltà di scegliere tra l'insistere per l'adempimento di questa, e di una somma di denaro che risarcisca il danno *medio tempore* patito, ovvero l'agire per il pagamento di una somma di denaro, indicativa tanto della prestazione non eseguita quanto della danno patito in conseguenza di tale mancata prestazione.

conseguenza nel recepire il principio nominalistico⁴⁰⁸. Ne consegue come l'unica fattispecie ipotizzabile sia sempre e solo quella del ritardo nell'esecuzione di una prestazione che, per effetto del principio da ultimo richiamato, permane "legalmente utile" anche qualora, in conseguenza della svalutazione, il valore della somma dovuta sia fortemente diminuito.

Ciò chiarito, è parso possibile assegnare all'interesse legale, corrispettivo o moratorio che sia, la funzione di porsi quale correttivo del principio nominalistico, al fine di assicurare il costante adeguamento della quantità di pezzi monetari dovuti al fine di estinguere il rapporto: tanto la norma prevista all'art. 1282⁴⁰⁹ - secondo la quale qualsiasi debito pecuniario, che sia scaduto, liquido ed esigibile, produce interessi al tasso legale - quanto la norma dettata all'art. 1284⁴¹⁰ - secondo la quale il saggio dell'interesse legale costituisce un indice variabile, ancorato al rendimento dei titoli di Stato ed al tasso annuo di inflazione - hanno indotto a concludere che l'interesse legale possa essere considerato sempre un accessorio del debito principale, previsto dal legislatore al fine di compensare il creditore per il tempo durante il quale si privi della somma di denaro, a prescindere dalla circostanza che tale tempo sia stato, o meno, oggetto di accordo⁴¹¹.

Pur nell'ambito delle indicate particolarità, si è quindi ritenuto di poter interpretare sistematicamente l'art. 1224, preferendo una lettura dello stesso in funzione della quale la corresponsione della somma di denaro pattuita, comprensiva dell'interesse legale, altro non sia se non l'esecuzione dell'originaria prestazione, alla quale deve aggiungersi una

⁴⁰⁸ Cfr. Capitolo secondo, paragrafo 3.

⁴⁰⁹ Cfr. capitolo secondo, paragrafo 5.

⁴¹⁰ Cfr. capitolo secondo, paragrafo 11.

⁴¹¹ Cfr. capitolo secondo, paragrafo 6.

ulteriore somma di denaro, valida a porre il creditore pecuniario, come qualsivoglia altro creditore, in una curva di indifferenza rispetto all'intervenuto inadempimento.

Il decreto in commento, nell'ottica di una complessiva obbligazione risarcitoria la cui quantificazione può anche andar oltre il reale danno patito dal creditore, utilizza l'interesse moratorio in una chiave del tutto diversa da quella prevista dalla disciplina del codice. L'interesse moratorio è una sanzione di carattere civile, che mira ad indurre il tempestivo adempimento dell'obbligazione assunta. Tale ipotesi ricostruttiva risulta peraltro confermata dalla scelta legislativa operata dal legislatore interno in sede di recepimento: laddove la direttiva comunitaria invitava a determinare quantitativamente l'obbligazione risarcitoria tenendo conto dell'effetto compensativo prodotto dall'interesse moratorio, il decreto di recepimento, quasi a confermare il carattere sanzionatorio della misura legata al tasso di interessi, ha escluso tale rapporto, statuendo, deve ritenersi, che la somma dovuta a titolo di risarcimento del danno si aggiunga a quella corrisposta a titolo di interesse moratorio.

Nel determinare i caratteri dell'obbligazione risarcitoria, poi, la normativa speciale ha richiamato la disciplina generale, consentendo la conclusione che l'art. 1224 permanga, pur opportunamente specificato, quale norma di riferimento del risarcimento del danno da inadempimento delle obbligazioni pecuniarie. Nel rapporto tra disciplina generale e norma speciale, però, le considerazioni svolte con riferimento alla prima risultano ulteriormente confermate ed arricchite.

La direttiva individuava quale canone di riferimento della quantificazione dell'obbligazione risarcitoria il principio di ragionevolezza. Nel far ciò, specificava che il risarcimento potesse dirsi ragionevole solo quando, tenuto conto dell'effetto compensativo dell'interesse moratorio, fosse proporzionato al

debito inadempito, e basato su di una trasparente indicazione dei reali costi affrontati per il recupero del credito.

Nel passaggio tra disposizione comunitaria e normativa di recepimento, il riferimento alla ragionevolezza è stato, come ricordato, espunto in favore della previsione della possibilità di richiedere, in aggiunta all'interesse moratorio, il maggior danno patito. Ma, dovendo ritenere che tale esclusione sia dovuta alla funzione sanzionatoria che si è voluto assegnare all'interesse, è possibile dedurre che, qualora ci si muova in un'ottica esclusivamente risarcitoria, possa essere confermata l'esistenza di una relazione tra ragionevolezza del risarcimento ed obbligo di risarcire il c.d. maggior danno patito. Ove si faccia poi riferimento alla tradizione dell'interpretazione codicistica di tale ultima nozione, e si ponga quindi attenzione alla circostanza che mediante la risarcibilità del maggior danno si è costantemente data per acquisita al sistema la conclusione che al creditore sono dovute tutte le somme rappresentative dei costi affrontati e degli "affari persi", può forse ulteriormente concludersi che la ragionevolezza sia principio già presente nel nostro ordinamento. E che, quindi, risarcimento ragionevole sia solo quello che comprende non solo le spese affrontate ma anche gli ulteriori esborsi cui il creditore è andato incontro al fine di far fronte ad una carenza di denaro non programmata.

Il risarcimento, allora, potrà dirsi ragionevole solo qualora, a seguito di una attenta verifica sia dell'effetto compensativo degli interessi moratori, che dell'effetto risarcitorio proprio della corresponsione delle somme dovute a titolo di maggior danno, possa dirsi che la struttura predisposta dall'ordinamento abbia assolto la propria funzione, che si caratterizza per essere bidirezionale: rendere il creditore indifferente rispetto alla cooperazione del debitore, da un lato; consentire al debitore di estinguere l'obbligazione eseguendo un'altra prestazione che sia

esattamente proporzionata rispetto al danno prodotto - e nulla più - dall'altro.

La ragionevolezza, in definitiva, è principio che, valido per l'inesecuzione di qualunque rapporto obbligatorio, ha la funzione di precisare quale possa essere il contenuto massimo dell'obbligazione risarcitoria, consentendo di commisurare la dimensione qualitativa e quantitativa dell'obbligo risarcitorio rispetto all'obbligo inadempito. In virtù del principio esaminato, allora, se il creditore può sentirsi certo che l'ordinamento tutelerà il proprio diritto soggettivo leso, predisponendo una struttura con funzione reintegrativa idonea a rimuovere le conseguenze negative legate all'inadempimento, il debitore, seppur inadempiente, è in grado di conoscere quale sia l'esatta dimensione dell'impegno che lo stesso ordinamento gli impone, al fine di estinguere il vincolo. Se è vero che il sistema non può non tutelare la situazione giuridica creditoria lesa, è altresì vero che tale tutela non può andare oltre quanto espressamente necessario: la ragionevolezza, che contiene in sé il richiamo sia al principio di proporzionalità che a quello di adeguatezza, consente di pervenire a tale esito di sostanziale giustizia.

Dal che - ulteriore considerazione - può dedursi che il principio esaminato abbia trovato, proprio in virtù della mancata menzione nell'ambito del provvedimento in commento, la conferma della propria piena validità come principio generale di determinazione dell'obbligazione risarcitoria, intesa quale modalità alternativa di estinzione del vincolo. Il debitore, allora, potrà estinguere il rapporto non solo eseguendo tempestivamente la prestazione dovuta, ma anche, ove ciò non sia avvenuto, prestando un risarcimento ragionevole del danno patito dal creditore in conseguenza dell'inadempimento. E, qualora l'originaria prestazione dovuta sia ancora possibile ed utile, risarcimento ragionevole sarà quel risarcimento che, tenuto conto della esecuzione, seppur tardiva, di tale prestazione, assegni al

creditore una somma di denaro proporzionata al danno concretamente patito dal creditore. Somma, quest'ultima, innanzitutto comprensiva dei costi affrontati dal creditore per ottenere il bene, purché questi siano trasparenti, ovvero legati ad indici di tipo oggettivo. Somma, ancora, comprensiva degli eventuali danni ulteriori patiti dal creditore, patrimoniali e non patrimoniali, diversi dalle spese affrontate per ottenere l'adempimento dell'originaria prestazione.

Ove poi si ricordi che l'interesse moratorio, nella sua accezione codicistica, è stato considerato parte integrante della originaria prestazione dovuta, la conclusione cui si è pervenuti può essere ulteriormente estesa, potendosi ritenere confermato che il risarcimento ragionevole, nell'ipotesi in cui l'originaria prestazione sia ancora possibile ed utile, sia quel risarcimento che, tenuto conto della tardiva esecuzione di questa, assegni al creditore una ulteriore somma che abbia il solo scopo di porre nel nulla le conseguenze pregiudizievoli che si siano, nel frattempo, verificate.

Con lo scopo di verificare come la disciplina speciale sia in grado di vivificare il tessuto normativo codicistico, può forse ancora essere notato come il principio di ragionevolezza paia assegnare un nuovo e più profondo significato alla norma di cui all'art. 1225, la quale prevede che, qualora l'inadempimento o il ritardo non dipendano dal dolo del debitore, il risarcimento del danno sia limitato al solo danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione. Tale norma pare confermare come lo stesso legislatore codicistico abbia considerato rilevante l'interesse del debitore ad estinguere l'obbligazione risarcendo il danno da inadempimento, ed abbia tutelato tale interesse, imponendo che l'obbligazione risarcitoria permanga nell'area di ciò che poteva essere ragionevolmente previsto quando l'obbligo è stato assunto. Tale logica, però, risulta arricchita, in quanto, se la prevedibilità del danno svolge la funzione di limitare la responsabilità del

debitore incolpevole, proporzionando l'obbligazione risarcitoria a quanto poteva prevedersi nella fase genetica dell'assunzione del vincolo, il principio di ragionevolezza consente di ritenere sussistente un vincolo di proporzionalità tra obbligazione inadempita ed obbligo risarcitorio anche qualora l'inadempimento sia intenzionale. In tale ultima ipotesi il principio evocato consente di concludere che l'interesse creditorio ad estinguere il vincolo mediante il risarcimento del danno si traduca nella necessità di un risarcimento che, essendo ragionevole, potrà sì essere maggiore di quanto il debitore potesse prevedere nell'assumere il vincolo, ma debba solo reintegrare integralmente la situazione giuridica creditoria lesa, senza divenire strumento di indebito arricchimento del creditore in danno del debitore.

BIBLIOGRAFIA

- ALLARA M., *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, ristampa con prefazione a cura di Natalino Irti, Torino, 1999
- AMATUCCI A., *La prova del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Foro it.*, 1979, I, c. 1889
- AMATUCCI A., *Svalutazione monetaria, preoccupazioni della Cassazione e principi non ancora enunciati in materia di computo di interessi*; in *Foro it.*, 1986, I, c. 1265
- ASCARELLI T., *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1959
- ASCARELLI T., *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928;
- BALESTRIERI M., *Legge n. 39 del 1° marzo 2002: art. 26, criteri per l'attuazione della direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Diritto & Formazione*, 2002, p. 961
- BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, 1 ed., Milano, 1946
- BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, 2 ed., Vol. 3, Milano, 1964
- BENEDETTI A. M. (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003
- BETTI E., *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 1948, p. 47
- BETTI E., *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953-1955
- BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Milano, 1955
- BETTI E., *L'interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Jus*, 1959, p. 198
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993
- BIANCA C. M., *Il danno della svalutazione monetaria*, in *Giur. it.*, 1979, IV, pp. 129 e ss.
- BIANCA C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 105
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, V. *La responsabilità*, Milano, 1994

- BIGIAVI W., *Riporto, fallimento, compensazione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1966, I, p. 280 ss.;
- BIROCCHI I. – PETRONIO U., *Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1060 e ss.
- BISCONTINI G., *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista.*, Camerino-Napoli, 1984
- BISCONTINI G., *Recensione a Smuraglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 868 e ss.
- BOBBIO N., voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1969, p. 530
- BONANNI CAIONE A., *Dal calzolaio al danno esistenziale: percorso verso una teoria generale del risarcimento del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 52
- BONANNI CAIONE A., *Il danno biologico tra Carta costituzionale e “limiti strutturali”*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 326
- BONILINI G., *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*, in *Contratti*, 1999, p. 118
- BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nella attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di) *Tratt. dir. priv.*, Milano, 1991, p. 527
- BUONOCORE V., *Contratti dei consumatori e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 1
-
- CAFFÈ F., *In tema di “risarcimento automatico” nella misura della svalutazione monetaria*, in *Foro it.*, 1979, I, c. 1987
- CANNATA C. A., *Dai giuristi ai codici (le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 993 e ss.
- CARLEO M., *Note in tema di obbligazioni pecuniarie*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 658
- CARLI G., *Inflazione e diritto*, in *Giust. civ.*, 1981, II, p. 298.
- CARNELUTTI F., *Fallimento e operazioni di borsa*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 2
- CASTRONOVO C., *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 540

- CASUCCI F., *Il sistema giuridico 'proporzionale' nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001,
- CATAUDELLA A., Voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Varese, 1967, p. 926
- CEA C. M., *La Corte costituzionale e la rivalutazione automatica dei crediti: ovvero equivoci e disinformazione*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2129
- CENDON P., *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in *Contratto e impresa*, 1988, pp. 74 ss.
- CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 198
- CONTI R., *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 802
- R. CONTI, *Il d. lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 108
- COTTINO G., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità della prestazione. Problemi generali*, Milano, 1955,
- D'AMICO G., *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1992, p. 100 ss.
- D'AVINO S., *Perpetuatio obligationis e debiti pecuniari*, in *Vita not.*, 1984, p. 1075
- DE BENEDETTI D., *Art. 1224, 2° comma, c.c.: una coperta troppo corta?*, in *Giur. it.*, 1993, 1, I, c. 1963
- DE CRISTOFARO G., *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi di pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, p. 14
- DE MARZO G., *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2002, p. 628
- DE MARZO G., *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *Contratti*, 2002, p. 1161.
- DE NOVA G. – DE NOVA S., *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali – D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, Milano, 2003

DE NOVA S., *Decorrenza degli interessi moratori*, in G. DE NOVA – S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali. D. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, Milano, 2003, p. 15 ss.

DI MAJO A., *Prassi giurisprudenziale e indirizzi legislativi in tema di svalutazione monetaria dei debiti pecuniari*, in *Foro it.*, 1979, V, p. 101

DI MAJO A., voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. Dir.*, 1979, XXIX, p. 222

DI MAJO A., *Svalutazione monetaria e risarcimento del danno (un passo avanti e due indietro)*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 766

DI MAJO A., *Interessi e svalutazione tra risparmiatori e pensionati*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 431

DI MAJO A., *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996

DI MAJO A., *Rivalutazione ed interessi tra diritto ed economia*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 997, p. 1331

DI MAJO GIAQUINTO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967

EROLI M., *Tutti i creditori sono uguali, ma i "modesti consumatori" sono meno uguali degli altri!*, in *Giur. it.*, 1989, p. 1280

EROLI M., *Nominalismo e risarcimento nei debiti di valuta*, in *Giur. it.*, 1986, 1, I, p. 1392

FANCELLI M., *Sulla riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 68

FAUCEGLIA G., *Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2001, p. 307

FERRONI L., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Atti del Convegno svoltosi a San Marino il 17 e 18 novembre 2000, Napoli, 2002

FINOCCHIARO G., *Debiti di valuta, "mora debendi", rivalutazione monetaria*, in *Giust. Civ.*, 1978, I, p. 1909

FINOCCHIARO G., *Mutamento di giurisprudenza in tema di debito di valore per risarcimento del danno, eliminato a spese del danneggiato*, in *Giust. Civ.*, 1978, I, p. 7

FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 88

FRIGNANI A. – CAGNASSO O., *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2003, p. 308

GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 417

GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista 'non vivente' su trust e trascrizione)*, in *Riv. del not.*, I, p. 11.

GIORGIANI M., Voce *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, XX, Varese, 1970, p. 870,

GIORGIANI M., *L'inadempimento*, Milano, 1959

GIORGIANI M., *L'obbligazione*, Milano, 1968

GRONDONA M., *Introduzione: dalla direttiva n. 2000/35/CE al d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, in A. M. BENEDETTI (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, p. 1.

GRONDONA M., *Responsabilità del debitore e risarcimento del danno*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, p. 95.

INZITARI B., *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1161

INZITARI B., *L'aumento del tasso legale degli interessi dal 5 al 10 per cento per effetto dell'art. 1 della legge 26 novembre 1990, n. 353, di riforma del processo civile*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, p. 623

INZITARI B., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Torino, 1995, p. 469.

IRTI N., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Prefazione a M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999.

LECCESE E., *Inadempimenti di obbligazioni pecuniarie e svalutazione monetaria: nuovi orientamenti nella ricostruzione della fattispecie pregiudizievole*, in *Rass. Dir. civ.*, 1983, p. 1139

- LIBERTINI M., *Interessi*, in *Enc. dir.*, 1972, XXII, pp. 101 e s.
- LORDI A., *Sulla ragionevolezza dei termini di pagamento nella subcontrattazione: profili comparativi*, in *Contratto e impr.*, 2001, p. 718,
- LUMINOSO A., *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *I contratti*, 11, 2002, p. 1048
- MARUCCI B., *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in R. FAVALE e B. MARUCCI (a cura di), *Studi in onore di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, II, Napoli, 2003, p. 68 ss.
- MASTROPAOLO F., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 2
- MENGONI L., *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Temi*, 1946, p. 566 e ss.
- MENGONI L., *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, pp. 73 ss.
- MINERVINI E., *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in F. DI MARZIO (a cura di) *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 206
- MIRAGLIA C., *Voce Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991,
- NAPOLITANO D., *Svalutazione monetaria e obbligazioni pecuniarie*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 119
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu-Messineo, XVI, t. 2, Milano, 1984
- NICOLÒ R., *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, in *Foro it.*, 1944-46, IV, p. 44
- NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1993.
- OSTI G., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 209
- OSTI G., *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 287 e ss.

OSTI G. , *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 593 e ss.

PAJARDI, *La rivalutazione monetaria nei tribunali italiani. Statistiche*, in *Giur. it.*, 1984, IV, p. 321.

PALMIERI S., *Il danno da morte tra motivazioni giuridiche ed analisi economica*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 49

PARDOLESI R., *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2622

PARDOLESI R., *Analisi economica e diritto dei contratti*, in *Politica del diritto*, 1978, I, p. 699 e ss.

PARDOLESI R., *Le sezioni unite su debiti di valuta e inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, in *Foro it.*, I, 1986, p. 1269

PARDOLESI R., *Inadempimento di crediti previdenziali e 'scomparsa' del danno da svalutazione*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2136

R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 544

PARDOLESI R. e CASO R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio p prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 715,

PERLINGIERI P., *Il fenomeno della estinzione nelle obbligazioni*, Camerino, 1972

PERLINGIERI P., *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. al Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, art. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975

PERLINGIERI P., *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, 1976, p. 1029

P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 991

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991

PERLINGIERI P. e MESSINETTI R., *Principi fondamentali*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione*, Napoli, 1997, p. 16

PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 560

- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 339
- PERLINGIERI P., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003
- PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005
- PERRONE A., *Tra adempimento dell'obbligazione pecuniaria e disciplina del debito risarcitorio: appunti critici intorno all'espressione "debito di valore"*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2000, I, p. 623
- PETROLATI F., *Per una revisione del debito di valore*, in *Arch. Civ.*, 1996, p. 957
- PICONE P., *La prestazione di somma di denaro: orientamenti della Corte di cassazione in tema di interessi legali e rivalutazione monetaria*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 585.
- POLIDORI S., *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004
- PONZANELLI G., *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992
- PROSPERI F., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002
- PUGLIAITI S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, in *Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino a cura di P. Perlingieri*, Camerino, 1978
-
- QUADRI E., *Danno e risarcimento nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Giur. It.*, 1979, I, 973
- QUADRI E., *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. Dir. priv.* Rescigno, 9, I, Torino, 1984, p. 447
- QUADRI E., *La riforma del saggio degli interessi legali*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 259
- QUADRI E., *Danni nelle obbligazioni pecuniarie: la via delle sezioni unite all'"ulteriore risarcimento"*, in *Foro it.*, 1979, I, c. 3039
- QUADRI E., *Obbligazioni pecuniarie e svalutazione monetaria*, (n.r.), in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 547.

- REBUFFAT V., *Ipotesi di cumulabilità degli interessi moratori con la rivalutazione monetaria, nella liquidazione del maggior danno da mora nell'obbligazione pecuniaria*, in *Giust. Civ.*, 1990, I, p. 2116
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 234
- RESCIGNO P., voce *Novazione (Diritto civile)*, in *Novissimo dig. It.*, Torino, 1968.
- RESCIGNO, P., Voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Varese, 1979, p. 183
- RICCIO A., *E', dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, *Contr. e impr.*, 2000, p. 95
- RICCIO A., *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contratto e impr.*, 2000, p. 25
- RICCIO A., *La mora non imputabile in materia di obbligazioni pecuniarie*, in *Contratto e impresa*, 2002, pp. 1310
- ROMANO M. S., *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 396
- ROMANO S., *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 51 ss
- ROSSI G., *Il ritardo di pagamento imputabile al creditore*, in *Contratto e impr.*, 2004, p. 567
- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, in *Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino* a cura di P. Perlingieri, Camerino
- RUFFOLO U., *Ricodificazione ed interpretazione estensiva, sistematica ed analitica della novella*, in *ID. Clausole vessatorie e abusive*, Milano, 1997.
- SALVI C., *Risarcimento del danno extracontrattuale e 'pena privata'*, in F.D. BUSNELLI E G. SCALFI (a cura di) *Le pene private*, Milano, 1985, p. 530
- SALVI C., *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1196.
- SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1954
- TARTAGLIA P., *Il risarcimento non automatico" del danno da svalutazione monetaria*, in *Giust. civ.*, 1986, c. 1068

TRIOLA R., *Cumulabilità di rivalutazione del credito ed interessi in tema di risarcimento del danno per inadempimento di obbligazioni pecuniarie*, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 799.

TUNC G. , *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova riv. dir. comm.*, I, 1947-1948, pp. 126-145.

VALCAVI G., *Ancora sul risarcimento del maggior danno da mora delle obbligazioni pecuniarie: interessi di mercato o rivalutazione monetaria*, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1540

VALCAVI G., *Verso il tramonto dei crediti di valore*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2628

VALCAVI G., *La stima del danno nel tempo, con riguardo alla inflazione, alla variazione dei prezzi e all'interesse monetario*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, p. 332

VALCAVI G., *In materia di art. 429, 3° comma, c.p.c., tasso legale di interesse e caduta degli interessi bancari*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2628

VISINTINI G., Voce *Inadempimento*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989,

voce redazionale *Interesse*, in *Enciclopedia della Banca e della borsa*, 1971, VI, p.355.

ZACCARIA A., *La Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2001, p. 259

ZEFFINA E., nota redazionale a Cass., S.U., 16 dicembre 1994, n. 10796, in *Giur. it.*, 1, I, c. 1695

ZENO ZENCOVICH V., *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai 'punitive damages' di 'common law'*, in *Giur. it.*, 1985, 2, IV, p. 21

SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

IL FENOMENO DELLA ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI QUALE CONSEGUENZA DELL'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE RISARCITORIA.

1. Gli elementi costitutivi della struttura dell'inadempimento. La mancata soddisfazione dell'interesse creditorio. p. 3
2. Segue: la mora del debitore intesa quale accertata infruttuosa scadenza del termine: necessità. La rilevanza del ritardo nell'adempimento. 6
3. Segue: La relazione tra diligenza e colpa nella valutazione dell'inadempimento. 12
4. Fattispecie, vicenda e rapporto giuridico. 25
5. L'adempimento quale unico strumento giuridico idoneo a produrre la soddisfazione dell'originario interesse creditorio. L'inadempimento quale momento di irreversibile crisi del rapporto obbligatorio originario. Conseguente estinzione di tale rapporto. Analisi delle vicende che si accompagnano alla estinzione del rapporto obbligatorio originario. 28
6. L'inadempimento quale fattispecie estintiva o modificativa: l'inadempimento non imputabile. 32
7. Differenza intercorrente tra adempimento tempestivo e spontaneo, adempimento tardivo e spontaneo, esecuzione forzata. Assimilabilità funzionale tra adempimento tardivo e spontaneo ed esecuzione forzata. 36
8. L'art. 1218 quale strumento di neutralizzazione dell'interesse creditorio. L'obbligazione risarcitoria è l'unico rapporto obbligatorio nel quale l'utilità attesa può essere indifferentemente assicurata mediante l'esecuzione volontaria o quella forzata. 41

9. L'inadempimento imputabile quale fattispecie novativa. Esame delle possibili critiche.	p. 42
10. Conferma dell'ipotesi ricostruttiva Funzione satisfattiva della vicenda.	48
11. L'inadempimento quale scelta consapevole del debitore. L'obbligazione risarcitoria quale modalità facoltativa di estinzione del vincolo.	54
12. Necessaria proporzionalità tra obbligazione inadempita ed obbligazione risarcitoria e rilevanza del principio di ragionevolezza nella determinazione dell'obbligazione risarcitoria. Incidenza dei principi di proporzionalità e ragionevolezza sul potere equitativo del giudice e sull'autonomia negoziale delle parti. Abusività del patto negoziale posto in violazione del principio di proporzionalità.	58

CAPITOLO SECONDO

L'INADEMPIMENTO NELLE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE. LA FUNZIONE DELL'INTERESSE MORATORIO ED IL RISARCIMENTO DEL "MAGGIOR DANNO" DA RITARDO.

1. Il risarcimento del danno da inadempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'ottica giurisprudenziale del risarcimento del danno da svalutazione monetaria.	p. 66
2. La possibile redditività dell'inadempimento quale <i>ratio</i> "giurisprudenziale" di modelli interpretativi volti ad indurre il debitore ad adempiere.	72
3. Peculiarità dell'obbligazione risarcitoria legate alla natura del debito pecuniario. In particolare il ruolo della irrilevanza dell'impotenza finanziaria del debitore e del principio nominalistico. L'interesse legale moratorio inteso quale quantificazione forfetaria e presunta del danno patito dal creditore.	76
4. Perplessità circa la natura e la funzione tradizionalmente assegnate agli interessi legali previsti dal primo comma dell'art. 1224. La naturale produttività del denaro e la diversa disciplina assegnata all'interesse moratorio	

convenzionale quali indici normativi che devono indurre a verificare la correttezza dell'opinione tradizionale. L'estraneità dell'interesse legale moratorio rispetto ad una reale funzione risarcitoria: la irrilevanza dell'esistenza di un danno.	p. 82
5. Segue: l'esame della relazione tra gli artt. 1282 e 1224 comma 1. La genesi storica e la <i>ratio</i> delle due disposizioni. Unitarietà funzionale delle due disposizioni alla luce della automaticità della mora del debitore nelle obbligazioni pecuniarie.	89
6. Segue: l'interesse legale quale corrispettivo per la privazione, concordata o meno, del bene denaro per un determinato lasso di tempo. L'interesse legale quale prezzo normativamente predeterminato per il differimento nel tempo dell'adempimento del debito pecuniario.	93
7. Segue: la diversa disciplina dell'interesse moratorio convenzionale quale indice normativo di una diversa funzione rispetto all'interesse moratorio legale. Il solo interesse moratorio convenzionale appare funzionalmente posto al fine di risarcire il danno in misura predeterminata.	101
8. Esame critico dell'opinione secondo cui, ove si assegni all'interesse moratorio legale una funzione non risarcitoria, ciò implicherebbe la possibilità di un cumulo tra rivalutazione ed interessi. Inconciliabilità delle due domande - rivalutazione ed interessi sulla somma rivalutata - ove siano poste entrambe con decorrenza a far data dalla mora del debitore.	109
9. Ruolo e funzione dell'art. 1224 nel sistema della responsabilità da inadempimento.	116
10. Il tentativo di risolvere il problema della svalutazione monetaria mediante l'utilizzo dell'obbligazione pecuniaria. Il sistema delle presunzioni legate alla categoria sociale di appartenenza del creditore.	119
11. La riforma del saggio dell'interesse legale previsto dall'art. 1284 ed i suoi effetti sul sistema: il recupero della funzione originaria dell'interesse legale. Sue implicazioni in materia di onere della prova. L'errore	

metodologico insito nel tentativo di risolvere il problema della svalutazione monetaria nell'ambito del risarcimento del danno. Necessità di rivalutare l'esame del profilo funzionale del concreto rapporto rimasto inadempito al fine di evidenziare la dimensione qualitativa e quantitativa dell'obbligazione risarcitoria. Ulteriore necessità di mantenere l'obbligazione risarcitoria all'interno della funzione recuperatoria – reintegrativa prevista dal codice del 1942.

p. 133

12. Il creditore “commerciale” quale soggetto privilegiato nel modello giurisprudenziale di risarcimento del danno da inadempimento delle obbligazioni pecuniarie. Critica e posizione del problema delle relazioni intercorrenti tra il fenomeno esaminato e gli interventi normativi in materia di danno da ritardato pagamento nelle obbligazioni “commerciali”.

144

CAPITOLO TERZO

INTERESSI MORATORI, RISARCIMENTO DEL DANNO E “Lotta” AL RITARDO DI PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI.

1. Il problema della “lotta” ai ritardi di pagamento nell'ottica dell'intervento comunitario. Nomogenesi della direttiva 2000/35/CE. La responsabilità civile quale strumento di sanzione dell'inadempimento.
2. Profili di ammissibilità della funzione sanzionatoria della responsabilità civile. Estraneità funzionale tra art. 3 d. lgs ed art. 1224.
3. Esame della fattispecie prevista dal d. lgs. 231/2002 ed enucleazione delle differenze strutturali tra questa ed il fatto generatore dell'obbligo di risarcire il danno ex art. 1224. Imputabilità dell'inadempimento ed obbligo di versare gli interessi moratori.
4. Segue: i termini di pagamento ex art. 4 decreto ed il tempo dell'adempimento ex art. 1183. Non assimilabilità.

p. 148

165

168

174

5. L'obbligazione risarcitoria tra ragionevolezza, proporzionalità e trasparenza.	p. 183
6. Il risarcimento dei costi di recupero e del maggior danno. L'integrale ristoro del danno patito dal creditore quale momento ulteriore rispetto all'obbligo di versare interessi moratori.	190
7. Termini di pagamento e saggio dell'interesse moratorio nella disciplina della subfornitura: affinità e differenze con le disciplina del ritardo di pagamento.	197
8. Profili di rilevanza sistematica della disciplina esaminata: tutela del contraente debole e principio di eguaglianza.	200
9. Segue: il principio di ragionevolezza quale strumento di tutela del diritto del creditore all'integrale risarcimento del danno e del diritto del debitore alla estinzione del vincolo mediante l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria	212
<i>Bibliografia</i>	221
<i>Sommario</i>	231