

INDENNIZZO E LUCRO DEL CREDITORE NELLA STIMA DEL DANNO(*)

1. - Una proposizione che riconoscesse al danneggiato il diritto a realizzare un guadagno, anziché il mero indennizzo, sarebbe intesa da chiunque come un evidente sproposito.

È infatti uno dei principii più fermi degli ordinamenti vigenti, che si garantisca il solo risarcimento del danno a chi ha subito un torto e non già un arricchimento.

Invero vi sono ordinamenti che perseguono l'integrale indennizzo *tout-court* ed altri che lo perseguono con certi correttivi moderatori a favore del debitore (così il nostro codice agli artt. 1225, 1226, 1227, 2056, 2° comma).

Più in là dell'integrale risarcimento, non è tuttavia dato di andare.

Codesto principio segna tutta l'evoluzione storica del sistema di sanzioni del torto civile per colpa contrattuale o aquiliana, nel suo procedere dalla pena privata, negli ordinamenti primitivi, al risarcimento del danno, in quelli più evoluti⁽¹⁾.

Eppure, malgrado un principio così fermo, si vedrà tra poco come taluni criteri, comunemente accolti di stima del danno, sovente conducano ben al di là del mero indennizzo, sino a procurare un vantaggio al danneggiato. Non si tratta di criteri codificati dai legislatori ed anzi, nella misura in cui procurano un tale lucro, sono in dissonanza con gli stessi.

Essi sono di creazione del giurista teorico e pratico, chiamato ad applicare il diritto.

Un'analisi di codeste opinioni e del risultato cui approdano, mette in luce alcuni evidenti errori economici, alla loro base. Non è un mistero per

(*) Da «Quadrimestre», 1986, p. 681 ss.

(1) R. SCOGNAMIGLIO, *Noviss. Digesto It.*, XVI, voce *Risarcimento del danno*, pp. 4 ss.; FERRINI, *Danni (azione di)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, IV, parti I, II, III, Milano, 1991; COGLIOLO, *Danni*, in *Nuovo Digesto It.*, IV, Torino, 1938; CRIFÒ, *Danno (storia)*, in *Enc. del dir.*, XI, pp. 615 ss.; E. MOSCATI, *Pena (Dir. priv.)*, in *Enci. del Dir.*, XXXII, p. 770; M. TALAMANCA, *Pena privata (Dir. rom.)*, *ibidem*, pp. 713 ss.

alcuno che non si riconoscano ai giuristi in genere, cognizioni economiche granché approfondite e aggiornate.

Ciò potrebbe avere poco peso se gli errori inevitabilmente non finissero per porsi a presupposti delle opinioni giuridiche. Il giurista spesso non ha a sua disposizione, del resto, altra bussola di orientamento ed altro mezzo di verifica, che la naturale equità ed il suo giovarsene è condizionato in genere, dalle sue idee, come ad es. quelle di economia pratica.

Codeste opinioni, tuttavia, ad un esame più approfondito, rivelano un orientamento ideologico tradizionale nel prendere posizione nel conflitto sociale quotidiano tra creditori e debitori a favore dei primi ed a scapito dei secondi.

In questo senso soccorre la notazione che si tratta di opinioni, tra le più comuni e consolidate, nel fluire dei secoli, ed oggidì in gran voga al di là delle frontiere del nostro orientamento. L'orientamento ideologico avrebbe dalla sua perciò un radicato retaggio di cultura e di educazione nei giuristi, onde chi scrive non si fa l'illusione che possa bastare una semplice revisione critica di alcuni postulati economici.

Traspare, a mio parere quivi, invero la sopravvivenza della logica della pena privata nei confronti del debitore in mora e non pare davvero facile per il giurista liberarsi dalla forza di suggestione di una tale logica penale⁽²⁾.

La pena privata ha cioè finito per sopravvivere come regola giuridica latente (crittotipo)⁽³⁾ nei criteri di stima del danno usati dagli interpreti alla sua messa al bando da parte dei legislatori. È sintomatica al riguardo la motivazione affittiva avanzata ed il convincimento sottinteso largamente diffuso che «il debitore in mora non merita alcun riguardo»⁽⁴⁾.

È opinione di chi scrive che malgrado l'affermazione ottimistica di un grande giurista che «la storia della pena privata è la storia della sua decadenza»⁽⁵⁾, invece la storia della responsabilità civile sia piuttosto, da questa angolatura, la storia della sopravvivenza della pena privata e della sua logica nella riparazione del danno⁽⁶⁾.

(2) Il RIPERT, in *Regole morali dans les obligations civiles*, n. 112 ha espresso molto bene tale aspetto, scrivendo che la responsabilità civile «apparaissant aux juristes comme une responsabilité pénale atténuée». Ivi veggansi gli autori cit. a nota 3.

(3) Così A. GAMBARO, in *Convegno* 24 marzo 1982 promosso da AIDA sez. Lombarda.

(4) F.C. SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, Torino, 1986, VI, § 275, p. 198.

(5) F.C. SAVIGNY, *Obbligazioni*, Torino, 1912, II, §§, 82, 83.

(6) Per una più ampia comprensione del problema: B. STARK, *Essai d'un theorie*

Ed appare compito doveroso del giurista contemporaneo quello di individuare e depurare la responsabilità civile da ogni lucro esuberante. Il che vuol dire avviare la depenalizzazione di questo settore del diritto civile.

2. - Occorre vedere in cosa si riconosca la pena privata rispetto all'indennizzo e quali siano le manifestazioni della sua logica.

È stato sopra detto che la responsabilità civile si è tendenzialmente evoluta dalla pena privata al risarcimento del danno.

È quanto dire che il sistema delle sanzioni del torto civile è passato da una logica afflittiva che vuole normalmente l'offensore diventare più povero e l'offeso più ricco di prima, ad una logica più progredita, esclusivamente restaurativa del patrimonio dell'offeso. Siamo, nel caso precedente, di fronte alle c.d. pene private bilaterali⁽⁷⁾.

Accanto ad esso sono però ipotizzabili le c.d. pene private unilaterali⁽⁸⁾ dove si può avere l'ipotesi che l'offensore divenga più povero di prima o invece quella che l'offeso divenga più ricco di prima⁽⁹⁾.

A prima vista, delle due ipotesi, sembrerebbe meritare la qualifica di pena privata solo la prima, dato che correntemente si dice che «pena porta pena»⁽¹⁰⁾.

Non è tuttavia chi non veda come un tale criterio appaia assai inadeguato, giacché il maggior impoverimento dell'offensore che si traducesse nel mero risarcimento dell'offeso, o neppure in questo, non può certo dirsi rivelatore di una pena privata.

Il criterio diagnostico più sicuro per distinguere la pena privata dall'indennizzo, è costituito dal vedere se la sanzione supera o meno il limite del danno sofferto⁽¹¹⁾.

generale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, Paris, 1947.

(7) SAVIGNY, *op. cit.*, §§ 210-211; ID., *Obbligazioni*, Torino, 1912, II, §§ 82, 83.

(8) P. VOCI, *Risarcimento del danno e pena privata nel dir. romano classico*, Milano, 1939, pp. 1, 2.

(9) Alla correlazione tra pena privata e lucro del creditore ha accennato il CENDON, in BUSNELLI-SCALFI, *Le pene private*, Milano, 1985, p. 298.

(10) F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, Milano, 1943, I, p. 7.

(11) SALVI, *Le pene private*, cit., p. 325 ha correttamente individuato il limite nel risarcimento integrale del danno. Egli tuttavia appare eccessivamente ottimista la dove a pp. 326, 327 esclude che l'attuazione dell'indennizzo dia luogo a manifestazioni penali. Con evidente riferimento al superamento di tale limite, all'opposto, il GRUNSKY, *Le pene private*, cit., pp. 372-3737 afferma che «l'idea della pena influisce sulla

Come giustificare un importo maggiore del risarcimento e così un lucro a favore del danneggiato, se non come pena ed afflizione del danneggiante?

Certamente ripugna all'idea medesima del risarcimento del danno che l'offeso, dopo ed a seguito della sanzione, divenga più ricco di prima invece che essere solo indennizzato. Può ben darsi il caso, invero assai raro, che l'offeso arricchisca senza che l'offensore divenga più povero di prima del torto⁽¹²⁾ e tuttavia impoverisce più di quanto avrebbe dovuto, nel limite dell'altrui indennizzo. Dovrà concludersi che ogni qualvolta l'indennizzo trasmodi nel lucro, ci si trova di fronte per la parte esuberante, ad una pena privata⁽¹³⁾.

Un tale criterio discrezionale era colto dal diritto romano nel caso ad es. delle azioni miste «quibus et rem et poenam persequimur», dove si riconosceva alla sanzione una duplice funzione e cioè reipersecutoria, nel limite del danno, e penale per la parte eccedente tale limite⁽¹⁴⁾.

3. - A questo punto si tratta di individuare il criterio per distinguere fin dove arriva l'indennizzo e dove invece incomincia quel lucro esuberante, in cui è da ravvisare piuttosto una pena privata.

L'idea essenziale del danno si riduce a quella dell'interesse leso (*quod interest*, danno emergente, lucro cessante).

L'ambito di questo risulta dalla ricostruzione ideale della situazione in cui il danneggiato si sarebbe trovato, se non avesse subito il torto. Il risarcimento del danno viene correttamente definito dai giuristi, nei più diversi ordinamenti, come «l'attribuzione patrimoniale a favore del danneggiato, che valga a metterlo in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato, se non fosse intervenuto codesto torto»⁽¹⁵⁾.

funzione del risarcimento del danno».

(¹²) All'ipotesi in cui l'illecito non produca un depauperamento, accenna in BUSNELLI, in *Le pene private*, cit., p. 7.

(¹³) È il caso degli indennizzi sovra compensativi come li chiama il PARDOLESI, in *Le pene private*, cit., pp. 251, 252, 253. *Ibidem* a p. 62 anche il PADOVANI, per la parte della clausola penale che va al di là del danno. *Ibidem* a p. 322 A. DE CUPIS, con riguardo all'eccessivo arricchimento del creditore in relazione alla clausola penale.

(¹⁴) P. VOCI, *Risarcimento del danno e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, pp. 92 ss.

(¹⁵) È il criterio ispirato alla Differenztheorie di generale riconoscimento: così da noi, tra le molte, Cass. civ., 4 settembre 1982, n. 4812, in *Rep. Giust. civ.*, 1982, p. 792, n. 127; Cass. civ., 15 gennaio 1980, n. 347, in *Rep. Giust. civ.*, 1980, p. 760, n. 131; in Francia, H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de responsabilité civile*, n. 2361

L'analisi della situazione di cui s'è detto, mette in evidenza che il danneggiato avrebbe conservato, secondo l'ordinario corso delle cose, le utilità di cui già disponeva (*damnum emergens*) e ne avrebbe acquisite di nuove (*lucrum cessans*) solo sopportando normalmente certi costi e correndo un certo rischio⁽¹⁶⁾.

L'indennizzo deve perciò presentare parità di vantaggi, di costi e di rischio voluto correre.

Tutte le volte che il danneggiato verrà a trovarsi, a seguito dell'indennizzo, in una situazione che presenterà maggiori vantaggi, minori costi ed un rischio inferiore rispetto a quello in cui si sarebbe trovato normalmente, conseguirà un lucro invece che il mero indennizzo e si avrà una pena privata a carico del responsabile. È perciò importante sia nella ricostruzione ideale che nel proporzionare l'indennizzo avere la maggiore cura nell'individuare e nel mettere a raffronto i rispettivi costi-benefici delle due situazioni.

Un metodo che non coincide con il *quod interest* e presenta con lo stesso sovente un grosso scarto, per lo più per eccesso, ma talora anche per difetto, è quello basato sulla *aestimatio rei*, specie quando esso consista nel valore di rimpiazzo del bene in epoca diversa e posteriore, come ad es. alla decisione.

Trattasi di criterio molto seguito a causa della sua ingannevole semplicità. Vedremo *infra*, come esso conduca ben oltre, l'integrale risarcimento del danno e così ad un risultato penale, perché non tiene conto alcuno dei costi e del rischio voluto correre. Non è neppure detto che gli ordinamenti giuridici perseguano l'obiettivo dell'integrale risarcimento di qualsiasi danno, in ogni circostanza.

I sistemi moderni circoscrivono infatti il risarcimento per lo più al danno che il danneggiato non abbia contribuito a causare o a quell'aggravamento che non avrebbe potuto evitare ed infine al danno contrattuale che si poteva prevedere al momento del sorgere dell'obbligazione (artt. 1227, 1225 c.c.i.). Una particolare prudenza è solitamente prescritta nel valutare il lucro cessante (art. 2056, 2° comma c.c.), dato

e giurisprudenza ivi cit.; in Germania § 252, 2° comma BGB; GRUNSKY, *Munchener Kommentar zu BGB*, vor § 349, Rdn. 6-7, p. 260; nel diritto anglo-americano: Lord BLACKBURN, *Livingstone v. Rawjards Coal*, C (1880), I, Ac. 25-39 e giurisprudenza cit. in P. GREGOIRE, in *Le droit anglo-américain de la resp. civ.*, Bruxelles, 1971, p. 106.

⁽¹⁶⁾ Al danno come differenza tra ricavi e costi ha dedicato attenzione tra i canonisti G.B. DE LUCA, in *Il dottor volgare*, Roma, 1673, pp. 406, 409. Nello stesso senso, in epoca recente, Cass. civ., 28 ottobre 1975, n. 3619, in *Rep. Giust. civ.*, 1975, p. 734, n. 115; Cass. civ., 28 maggio 1983, n. 3694, in *Giust. civ.*, 1983, p. 842, n. 56.

che, come è stato scritto di recente da un giurista spagnolo⁽¹⁷⁾, esso «partecipa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios», ed occorre distinguere da quelli che Dernburg chiamava in modo espressivo «i sogni di guadagno».

Codesti limiti vengono tuttavia interpretati in senso assolutamente riduttivo, come quando l'onere di evitare l'aggravamento del danno viene inteso in senso tale da comportare una condotta passiva e non anche un tempestivo rimpiazzo del bene e la variazione dei prezzi viene scontata a priori come sempre prevedibile, a causa della loro normale variabilità.

I limiti di risarcibilità, codificati dai legislatori, vengono qui messi da canto a favore del dogma dell'integrale risarcimento del danno. Codesto modo di vedere, nella misura in cui svisciva i limiti di risarcibilità, finisce per costituire un eccesso di indennizzo rispetto alla misura consentita e rappresenta una manifestazione della logica afflittiva.

4. - È opportuno passare in ampia rassegna le varie opinioni che procurano un lucro al danneggiato e quindi una pena al debitore a cominciare dal danno che consiste nella sottrazione, nel danneggiamento o nella mancata prestazione di una cosa.

È dominante da noi⁽¹⁸⁾, come lo è in Francia⁽¹⁹⁾, in Belgio⁽²⁰⁾, e ci deriva dagli *judicia bonae fidei* del diritto romano⁽²¹⁾ attraverso quello giustiniano e poi quello comune⁽²²⁾, l'opinione che liquida il danno con riferimento ai prezzi correnti al momento della decisione (*tempus rei judicandae*). In Germania si propende per la soluzione ancora più radicale di riferirsi al tempo dell'indennizzo⁽²³⁾.

(17) J.C. TOBEÑAS, *Derecho civil español*, Madrid, 1986, III, p. 243.

(18) Tra le molte: Cass. civ., 5 agosto 1982, n. 4397, in *Rep. Giust. it.*, 1982, voce *Danni*, c. 815, n. 55.

(19) H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1950, n. 2420-6, 2421, 2423, 2423-9; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1951, I, n. 602; H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1962, n. 181. Nello stesso senso è la giurisprudenza citata in MAZEAUD, *op. cit.*, n. 2420-8, pp. 564-567.

(20) Cass. Belge, 7 febbraio 1946, cit. da MAZEAUD, *op. cit.*, n. 2420-8, p. 567, nota 21.

(21) Dig. 13,6,3,2 ULPIANUS 28; Dig. 19,1,3,3, POMPONIUS, 9 ad Sab.

(22) ALCIATUS, *De eo quod interest*, Venetiis, 1584, V, f. 4-14; F. DUARENUS, *Commentaria in digesta*; J. FABRO, *Commentaria in institutiones justinianae*.

(23) GRUNSKY, *Muchener-Kommentar*, München, 1985 vor § 249 BGB; PALANDT, München, 1985, § 249, n. 9; GLOSSER, *Der Zeitpunkt der schandesn bemessung im deliktenrecht*, Friburg, 1977, e Giurisprudenza ivi citata.

Altrove, come in Spagna⁽²⁴⁾ ci si basa invece sui valori al tempo della domanda che ha il suo precedente storico nella *litiscontestatio* degli *iudicia stricti juris* del diritto romano classico⁽²⁵⁾. Sembra avere perciò poco seguito in numerosi paesi, e superata ora come arcaica, l'opinione che liquida il danno al tempo del suo verificarsi.

Alla base di così scarsa fortuna del criterio che, a lume di logica dovrebbe apparire l'unico accettabile, vi è una riposta motivazione penale spiegabile col dato di comune esperienza che i prezzi tendono a lievitare, col passare del tempo, e si vuole che il creditore abbia a beneficiare del rialzo dei prezzi invece che il debitore.

In genere una tale opinione viene giustificata con argomenti di tipo risarcitorio come quello ad es. che si tratta «del valore attuale del bene al momento presente in cui essa stima ha luogo»⁽²⁶⁾ e che tale indennizzo realizzerebbe anzi in modo penetrante, l'interesse del danneggiato, per l'ipotesi di rialzo del prezzo.

La erroneità di un tale discorso è dimostrata dal rilievo che l'interesse del danneggiato quivi si manifesta solo a seguito dell'occasionale rialzo dei prezzi e non ha a che vedere con quello lesa dal torto altrui se non nei limiti in cui si provi che l'investimento in quella cosa sarebbe durato sino a quel momento, se fosse stata prestata.

Come un tale comportamento economico del creditore possa generalmente poi reputarsi prevedibile dal debitore e non diversamente evitabile, anche ricorrendo ad un rimpiazzo, non è dato vedere. Il presumere *a priori* un investimento di quella durata, così da beneficiare di quel rialzo di prezzi, la sua prevedibilità dal debitore e la non evitabilità costituiscono altrettante manifestazioni di quella logica affittiva verso il debitore, di cui si è detto.

Il carattere penale della *aestimatio rei* alla decisione (ma potrebbe dirsi anche alla domanda) è assolutamente trasparente solo che il suo risultato economico sia confrontato con quello che risulterebbe dall'applicazione del criterio ispirato al *quod interest*. Invero la ricostruzione ideale della situazione in cui il danneggiato si sarebbe trovato secondo il *quod interest*, di cui si disse sopra, mette in evidenza che ciò sarebbe avvenuto a fronte di certi costi (oneri finanziari relativi alla controprestazione dovuta, spese per la conservazione, per la manutenzione e così via) e con un certo

(24) J. SANTOS-BRIZ, *La responsabilidad civil en derecho sustantivo y procesal* Madrid, 1981, p. 289, e per la giurisprudenza Tribunale Supremo, 30 ottobre 1956, ivi citata.

(25) Dig. 17,1,37; Dig. 13,3,4.

(26) E. BETTI, *La Litisaestimatio in rapporto al tempo*, Camerino, 1919, p. 26.

rischio che si sia voluto e si voglia correre (come quello posto dalla variabilità dei prezzi).

Al contrario il criterio accolto dalla *aestimatio rei* conduce a calcolare, in caso di rialzo, i ricavi sulla base degli eventuali maggiori prezzi alla decisione, senza tuttavia detrarre i costi e cioè al lordo e non al netto di essi.

Il mancato calcolo dei costi procura alla evidenza un lucro al danneggiato ed una pena per il debitore.

I prezzi alla decisione possono tuttavia essere in ribasso e alla pari ed anche in questo caso vanno tuttavia detratti i costi col paradossale risultato di nuocere al danneggiato invece che indennizzarlo.

Ad una tale eventualità si pone solitamente riparo col supporre il disinvestimento ad una maggiore quotazione anteriore riferita ad un certo momento o addirittura all'intero periodo della mora (*quanti plurimi*)⁽²⁷⁾.

Che ci si trovi di fronte ad una pena privata è reso manifesto dalla circostanza che non solo anche in questo caso si omette il computo dei costi-benefici fino a quel momento, ma si finisce per realizzare un investimento privo di rischio.

Non può dirsi bastevole al riguardo un'eventuale dimostrazione che ad un certo prezzo anteriore si sarebbe venduto, perché si tratta di ipotesi formulata col senno del poi e perciò manca la incognita, che è essenziale al rischio.

La *perpetuatio obligationis* viene qui stravolta come trapasso del rischio di perdere a carico del debitore, e conservazione dell'alca di guadagnare a favore del creditore.

La mancanza del «rischio voluto correre» è trasparente nella ipotesi del danno da risoluzione contrattuale, dove il creditore ha manifestato la irrevocabile volontà di non volerlo più correre per l'avvenire.

In tutte queste ipotesi il rendere partecipe il creditore del rialzo dei prezzi alla decisione equivale ad andare molto oltre il risarcimento integrale del danno, secondo l'ordinario corso delle cose. L'aggiunta degli interessi, non importa se dall'illecito o dalla domanda è poi una estrema manifestazione penale, dato che si dovrebbe supporre quel capitale contemporaneamente investito in quel bene, così da realizzare l'eventuale *gain-capital* e tuttavia liquido, così da fruire degli interessi.

(27) Nel diritto romano classico: Dig. 19,2,3, § 3; Dig. 19,1,21, § 3; Dig. 17,1,37. Nel diritto comune: BARTOLO, *Ad leg. 22, De rebus creditis*; DONELLUS, *Comm. Ad dig. 1, XII, tit. 1, n. 22, n. 5*, pp. 19-21. Per la pandettistica: WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1930, II, pp. 103 ss. Nel diritto moderno: ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, infra cit. n. 179, pp. 521 ss., 525 ss., 531 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1966, I, n. 52, pp. 336 ss.; H. e L. MAZEAUD, *op. cit.*, n. 2423-5.

Infine ispirato a logica penale è il calcolo di una invalidità permanente della persona lesa basato sul salario alla decisione⁽²⁸⁾ mentre quello della residua vita venisse riferito al sinistro: ciò equivarrebbe a supporre che il danneggiato al momento del sinistro fruisse del più alto reddito posteriore.

Ognuno può vedere, a questo punto a cosa si riduca la opinione dominante.

Essa assume i valori tendenzialmente più alti alla decisione (o all'indennizzo) per compensare non solo il danno originario da illecito o da inadempienza (dolosa o colposa), ma anche il posteriore e diverso danno (per lo più colposo) causato dal ritardo nel ricevere l'indennizzo.

Qui si fa cioè un tutt'uno di due diversi tipi di danno che hanno natura, qualità e contenuti diversi e richiedono risarcimenti diversi.

Una tale soluzione era, un tempo, pressoché d'obbligo, a causa del principio «in illiquidis non fit mora» che impediva di indennizzare il ritardo nell'obbligazione pecuniaria illiquida alla stessa stregua di quella liquida (e cioè in termini di interessi moratori e di maggior danno da ritardo).

Ora essa non è più giustificata in alcun modo perché codesto principio è stato del tutto abbandonato.

La conclusione cui si perverrà *infra* è che l'unico criterio accettabile sembra essere quello di stimare il danno con riguardo ai valori del suo verificarsi e di aggiungervi il normale rendimento posteriore del danaro, a titolo di indennizzo moratorio per il ritardo con il quale l'equivalente viene prestato.

5. - Passiamo ora a vedere quella opinione che tanto favore ha avuto solo da noi, salvo qualche recente eco in Spagna⁽²⁹⁾, che va sotto il nome di «credito di valore»⁽³⁰⁾.

Il suo carattere penale è costituito dal fatto medesimo che il danno viene stimato in una immaginaria moneta di conto, dallo stabile potere d'acquisto, invece che nella moneta avente potere solutorio legale.

Il danneggiato viene qui a trovarsi in una situazione migliore di quella in cui si sarebbe normalmente trovato, perché dispone di un credito

(28) F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, p. 394, note 185, 186.

(29) Tribunale Supremo spagnolo, sez. I, 20 maggio 1977, cit., in J. SANTOS-BRIZ, *op. cit.*, p. 343; L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, 1983, I, pp. 464-477.

(30) Tra le molte: Cass. civ., 6 febbraio 1984, n. 890, in *Mass. giust. civ.*, 1984, n. 296, p. 452; Cass. civ., 19 aprile 1983, n. 6897, in *Mass. giust. civ.*, 1983, n. 2360; Cass. civ., 19 settembre 1980, n. 5317, in *Mass. giust. civ.*, 1980, n. 2284.

espresso in moneta e perciò dotato di illimitate opzioni⁽³¹⁾ ed altresì al riparo dalla erosione inflazionistica, come se fosse investito in beni reali.

Il quale investimento è supposto poi in beni non deperibili e perennemente nuovi al prezzo remoto e per giunta senza costi e senza il rischio perfino di un ribasso del prezzo del bene dovuto.

Il credito è addirittura indicizzato ai prezzi relativi a consumi essenziali di una famiglia lavoratrice e di riflesso al tenore di vita da questa conquistato, senza che possa presumersi un tale impiego da parte del danneggiato in genere⁽³²⁾.

Tutto ciò peraltro concerne un'epoca contraddistinta da notevoli mutamenti sociali oltre che da una normale propensione a conservare i risparmi in forma liquida malgrado che il loro rendimento sia stato, sino a non molto fa, sensibilmente inferiore all'indice di cui si è detto.

Quale sia la ragione di tale automatismo rivalutativo a favore di questo tipo di credito, rispetto a quello ordinario di valuta, nel quale invece si pretende la prova di aver programmato un investimento, non è dato cogliere.

Essa non può basarsi, come suole farsi, su un'astratta classificazione dogmatica, la quale appare tanto più arbitraria ove si tenga conto che il pregiudizio per il denaro sottratto⁽³³⁾ o addirittura per quello speso nell'aver anticipato la riparazione del danno⁽³⁴⁾ è configurato come credito di valore e non di valuta.

Una manifestazione estrema della logica penale è costituita dalla rivalutazione secondo i nostri indici interni a favore di un danneggiato estero-residente cui è perfino inibito detenere lire di conto interno⁽³⁵⁾ o anche secondo quelli del paese dove vive, nel quale non avrebbe mai verosimil-

(31) L. EINAUDI, *Della moneta come serbatoio dei valori*, in *Rivista di storia economica*, 1939, pp. 133 ss.

(32) Cass. civ., 6 aprile 1986, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1265.

(33) Tra le molte: Cass. civ., sez. unite, 23 novembre 1985, n. 5815, in *Rep. Giust. civ.*, 1985, p. 749, n. 186.

(34) Tra le molte: Cass. civ., 6 luglio 1983, n. 4558, in *Rep. Giust. it.*, 1983, c. 931, n. 203.

(35) Nel senso della rivalutazione secondo i nostri indici interni del credito dell'estero-residente, Cass. civ., 16 maggio 1981, n. 3239, in *Foro it.*, 1982, I, p. 779; G. CAMPIES, A. DE PAULI, *La R.C. dello straniero*, Milano, 1982, pp. 392 ss., 406 ss., 416 ss. e Giurisprudenza ivi cit. Contro tale rivalutazione G. VALCAVI, *Il corso di cambio ed il danno da mora nelle obbligazioni in moneta straniera*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, pp. 255, 264.

mente beneficiario di una tale indicizzazione per il generale sfavore che accompagna un tale modo di vedere⁽³⁶⁾.

Dove il *favor creditoris* si manifesta poi in tutta la sua irragionevole ampiezza è là dove la rivalutazione si applica in via automatica anche se il debitore non sia in mora o addirittura versi in essa il creditore, come nell'ipotesi in cui sia stata effettuata offerta reale di somma, risultata alla fine congrua.

La rivalutazione viene infatti giustificata sulla base dell'appartenenza alla categoria dei crediti di valore e non invece come sanzione della mora.

Codesto automatismo rivalutativo, la rilevabilità *ope officii* del tasso inflazionistico e la deducibilità della rivalutazione in ogni grado del processo costituiscono altrettante deroghe alle norme ordinarie e perciò delle pene private⁽³⁷⁾.

Lo stesso è a dirsi per quella opinione che consente al creditore di scegliere il *quantum plurimi* tra la rivalutazione o il maggior prezzo alla decisione⁽³⁸⁾.

Il discorso sopra enunciato, come s'è detto, ha avuto un significato pregnante negli anni scorsi, in cui il tasso inflazionistico è stato al di sopra del rendimento normale del danaro.

La somma degli interessi legali, poco importa se chiamati compensativi, ha esasperato tale divario, dando luogo ad un grosso lucro a favore del danneggiato.

Il rientro dalla inflazione e la esperienza in altri paesi di tassi addirittura negativi⁽³⁹⁾, fa intravedere la prospettiva non lontana di un possibile calcolo alla rovescia, che premierebbe il debitore addirittura in mora.

Ciò dimostra il carattere contingente della concezione valoristica come manifestazione di tempi di alta inflazione e la sua mancanza di sostanziale fondamento razionale.

6. - Esaminiamo ora gli aspetti penali del risarcimento del danno moratorio nelle obbligazioni pecuniarie.

Cominciamo da quelle in moneta nazionale.

(36) È noto il generale sfavore su scala internazionale verso la indicizzazione ad eccezione di alcuni pochi paesi come il Brasile, Israele, ecc.

(37) Tra le molte: Cass. civ., 6 febbraio 1984, n. 890, in *Rep. Giust. civ.*, 1984, p. 808, n. 172; Cass. civ., 24 marzo 1984, n. 1958, *ibidem*, p. 810, n. 195.

(38) T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in Comm. SCIALOJA e BRANCA, Bologna, 1979, pp. 531, 532, nota 1.

(39) In Germania, la inflazione è ora negativa; da noi recentemente, è divenuto negativo l'indice dei prezzi all'ingrosso.

Oltre agli interessi legali, rimasti attualmente fermi al tasso inadeguato del cinque per cento, è ipotizzato dall'art. 1224, 2° comma c.c. il risarcimento del maggior danno da mora. Su cosa debba intendersi per codesto maggior danno è stata scritta tutta una letteratura ed un'altrettanto copiosa giurisprudenza.

Esso è stato individuato in modo pressoché unanime sino a poco fa⁽⁴⁰⁾ nella perdita del potere di acquisto della moneta, secondo gli indici dei prezzi del ristretto paniere di merci, di cui s'è detto e al di sopra del suo normale rendimento.

Si deve qui ripetere quanto s'è detto a proposito del carattere penale della rivalutazione nei crediti di valore, con la differenza che essa qui si applica nel caso di mora del debitore e sempre che si offra dal creditore prova di avere programmato un investimento mentre là è in via automatica.

È qui supposta la conservazione del potere d'acquisto dei propri averi, sulla base di un tale parametro, solo che si programmi di investire⁽⁴¹⁾.

Poco importa se il risultato di qualsiasi investimento sia di per sé aleatorio (vi è chi guadagna e che perde), o se il frutto dell'impiego non monetario vada depurato dei costi e quello finanziario normalmente sia stato in passato al di sotto dell'inflazione.

Un'autorevole decisione⁽⁴²⁾ ha anzi inteso agevolare la prova medesima di un tale programma di investimento, distribuendo i creditori per classi economiche e dando per presunto in ogni caso un guadagno invece che una perdita.

E siccome all'ultimo gradino è collocato il modesto consumatore, se ne deduce a *fortiori* che il tasso inflazionistico che lo riguarda è il parametro minimale per tutti⁽⁴³⁾.

Poiché oltre a conservare i propri averi si deve tenere conto altresì dei frutti, il tasso di inflazione viene così normalmente aggiunto per intero all'interesse legale così che la somma si traduce in interessi reali del cinque per cento, superiori a qualsiasi rendimento del periodo.

⁽⁴⁰⁾ Tra le molte e da ultimo: Cass. civ., sez. II, 15 luglio 1985, n. 4145, in *Mass. giust. civ.*, 1985, fasc. 7; Cass. civ., 12 novembre 1984, n. 5691, in *Rep. Giust. civ.*, 1984, p. 792, n. 45.

⁽⁴¹⁾ Tra le molte: Cass. civ., 21 maggio 1984, n. 3194, in *Rep. Giust. civ.*, 1984, p. 810, n. 196; Cass. civ., 16 febbraio 1984, n. 1167, *ibidem*, n. 197; Cass. civ., 21 giugno 1984, n. 3675, *ibidem*, n. 198.

⁽⁴²⁾ Cass. civ., Sez. unite, 4 luglio 1979, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1546.

⁽⁴³⁾ Così ancora: B. INZITARI, in *Giur. it.*, 1986, I, p. 1161.

Il tasso inflazionistico finisce così per erroneamente sovrapporsi a quello legale di interesse invece che a giustapporsi e cioè ad essere calcolato solo per la differenza non coperta da questo⁽⁴⁴⁾.

Tutto ciò si concreta manifestamente nel procurare un grosso lucro al creditore.

Invero è manifestamente penale il fatto che si deroghi al principio del valore nominale, codificato dall'art. 1277 c.c., a favore di un astratto prezzo della moneta in termine di merci, che è supposto fisso ed immutabile nel tempo, contro ogni logica.

Codesto prezzo non si individua neppure in quello delle merci a suo tempo dovute e perfino del medesimo paniere di merci, in cui si ipotizzi avere conservato l'investimento *medio tempore*, perché queste sarebbero nel frattempo deperite o divenute obsolete, ma si ha riguardo a quelle oggetto di un rimpiazzo a nuovo — come si è detto — e tuttavia ferme al prezzo remoto senza neppure i costi aggiuntivi dell'investimento.

E poiché la lievitazione dei prezzi tiene dietro alla crescita sociale conquistata dai ceti popolari nel contesto più generale dei mutamenti prodotti dalla inflazione, la rivalutazione generalizza i benefici a favore di chiunque per qualsiasi credito di qualsiasi entità, contro ogni evidenza.

L'inflazione viene supposta così equiproporzionale mentre non lo è, ed il relativo tasso è dato per prevedibile e non evitabile svuotandosi così di contenuto i limiti di cui agli artt. 1225 e 1227, 2° comma c.c.

Il carattere penale di un tale modo di vedere è stato colto di recente da Cass. civ. 5 aprile 1986 n. 2368 che correttamente ha limitato l'ambito della rivalutazione alla classe dei modesti consumatori (lavoratori, pensionati ecc.) per quelle modeste somme che avrebbero destinate al consumo e neppure al risparmio⁽⁴⁵⁾.

Ed ha esattamente individuato la pietra angolare di riferimento per individuare il maggior danno nel normale rendimento o costo di rimpiazzo del denaro, oltretutto oggi di parecchi punti al di sopra del tasso inflazionistico.

Il rientro in corso dalla inflazione e la evoluzione del differenziale tra questa ed il rendimento del denaro a beneficio del secondo individua il maggior danno nello scarto di cui si è detto tra interesse legale e quello bancario sui depositi o al più sugli impieghi, secondo quel *quod plerumque accidit* che va tenuto costantemente presente⁽⁴⁶⁾.

(44) Di questo avviso: G. VALCAVI, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1540; PARDOLESI, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1265; TARTAGLIA, in *Giust. civ.*, 1986, p. 1608.

(45) In *Foro it.*, 1986, I, c. 1265.

(46) Così G. VALCAVI, in *Foro it.*, 1980, I, pp. 118 ss.; Id., *Foro it.*, 1981, I, pp. 2112

7. - Vediamo ora quali opinioni procurino un lucro al creditore invece del mero indennizzo in alcuni tipi speciali di obbligazioni pecuniarie, quali i crediti di lavoro e le obbligazioni in divisa straniera.

A proposito dei primi l'art. 429, 3° comma c.p.c. prevede che il giudice nella sentenza di condanna, «deve determinare oltre gli interessi nella misura legale il maggior danno eventualmente subito dal lavoratore per la diminuzione di valore del suo credito». Che quivi la perdita del potere d'acquisto della moneta configuri codesto maggior danno è codificato dall'art. 150 disp. att. c.p.c. che rinvia all'indice della scala mobile.

A seguito delle note vicende sulla scala mobile è se mai a dubitarsi dell'attualità della soluzione legislativa che si rivela una misura sempre meno adeguata per il rientro in corso della inflazione sotto il normale rendimento del danaro cui fa piuttosto riferimento l'art. 1224, 2° comma c.c.⁽⁴⁷⁾.

Il problema di maggior rilievo seguito alla caduta del tasso di inflazione a livello dell'interesse legale, è se l'art. 429, 3° comma c.p.c. protegga il tasso inflazionistico per intero o solo per la parte che superi l'interesse legale.

La soluzione passa attraverso la interpretazione della formula «il maggior danno eventualmente subito... per la perdita di valore del suo credito».

È controverso se la eventualità sia riferita al fatto che vi sia o meno inflazione⁽⁴⁸⁾ o che il lavoratore abbia in concreto subito un danno⁽⁴⁹⁾.

L'autore di queste righe ha già manifestato altrove il suo convincimento nel senso che essa riguardi la sola eventualità che il tasso inflazionistico superi l'interesse legale, in quanto sino al cinque per cento l'indennizzo è già garantito da quest'ultimo⁽⁵⁰⁾. La loro somma dà luogo perciò ad un lucro rispetto a quel che è consentito dalla norma, per chi accoglie questa opinione, in sintonia con la soluzione analoga dell'articolo 1224, 2° comma c.c.

ss.; *Id.*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, pp. 332 ss.; *Id.*, *Foro it.*, 1986, I, c. 1540; PARDOLESI, *Foro it.*, 1979, I, pp. 2622 ss.; *Id.*, *Foro it.*, 1986, I, p. 1265; A. AMATUCCI, *Foro it.*, 1986, I, p. 1273; TARTAGLIA, in *Giust. civ.*, 1986, I, pp. 1605 ss.

(47) In tale senso: PARDOLESI, *op. ult. cit. loc. cit.*; G. VALCAVI, *op. ult. cit., loc. cit.*

(48) Relaz. MARTINAZZOLI-DONELLI, al Senato; DENTI SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro*, p. 160.

(49) DI MAJO, *Riv. giur. lav.*, 1974, p. 62; PROTO-PISANI, *Riv. giur. lav.*, 1974, II, p. 219.

(50) G. VALCAVI, *La stima del danno nel tempo*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, p. 347.

Passiamo ora al danno moratorio nelle obbligazioni di moneta straniera.

Una pena privata è da ravvisarsi nella opinione corrente che adotta il corso di cambio al pagamento ogni qualvolta ciò si traduce in un lucro del creditore e non è giustificabile come indennizzo di mora. Occorre qui una breve spiegazione. L'art. 1278 c.c. concede al debitore la facoltà di pagare moneta nazionale in luogo di quella straniera al corso di cambio della scadenza, senza che alcuna limitazione o decadenza sia fatta dipendere dal sorgere della mora⁽⁵¹⁾.

Che il creditore, ad es. straniero, possa pretendere il successivo differenziale di cambio, dimostrando che avrebbe cambiato la moneta *in facultate*, se ricevuta a suo tempo, in quella straniera in rialzo e perciò come danno da mora, non pare dubbio⁽⁵²⁾.

Ma laddove il creditore non dimostri una tale esigenza anche virtuale di cambio come è il caso del creditore nazionale il quale in base alla legislazione ora vigente non avrebbe potuto detenere comunque la moneta straniera, se anche ricevuta per tempo, non si vede come possa aspirare al corso di cambio al pagamento⁽⁵³⁾.

La sopravvenuta svalutazione della moneta nazionale sul mercato dei cambi non si traduce in un danno da mora per costui, mentre il rialzo di quella straniera *in obligatione* dà luogo piuttosto ad un lucro.

In effetti l'adozione del corso di cambio al pagamento viene motivata con la ragione di impedire un possibile lucro del debitore, invece che di risarcire il danno del creditore⁽⁵⁴⁾.

Codesta preoccupazione di assicurare un beneficio al creditore, viene perseguita anche a costo di gravarlo del rischio di un ribasso della moneta straniera convenuta.

(51) G. VALCAVI, *Il corso di cambio e il danno da mora nelle obbligazioni in moneta straniera*, cit., p. 257.

(52) ID., *op. cit.*, p. 260, nota 30.

(53) ID., *op. cit.*, p. 258, nota 30. Le norme valutarie impongono infatti la immediata cessione all'UIC. Per il cambio al pagamento: Cass. civ., 21 giugno 1955, n. 1912, in *Giust. civ.*, 1955, pp. 5, 1823; Cass. civ., 5 novembre 1977, n. 4704, in *Foro it.*, 1978, I, pp. 1, 1272; Cass. civ., 22 dicembre 1977, n. 5694, in *Giur. it.*, 1979, c. 515; Cass. civ., 8 giugno 1976, n. 2094, in *Mass. giur. it.*, 1976, p. 555.

(54) ASCOLI, *Riv. dir. civ.*, 1920, p. 404; ID., *Riv. dir. civ.*, 1921, p. 383; COBIANCHI, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 67; T. ASCARELLI, *op. cit.*, n. 136, pp. 393 ss.; App. Genova, 5 luglio 1919, in *Mon. trib.*, 1920, p. 597; App. Genova, 19 maggio 1922, in *Foro it.*, 1922, II, c. 757.

E parimenti è lasciato del tutto scoperto il danno da ribasso della moneta straniera, se dovuto «corso effettivo» ad un creditore nazionale⁽⁵⁵⁾. Viene qui violata in modo manifesto la regola della *perpetuatio obligationis* che va intesa — come ebbi altrove a rilevare — nella duplice direzione e non come trapasso del solo rischio di perdere e non anche di quello di guadagnare. In tal senso la preoccupazione di espropriare il debitore in mora del beneficio della minore onerosità della prestazione in caso di ribasso appare scarsamente giustificata, dato che su di lui incombe il rischio opposto della maggior onerosità in caso di rialzo⁽⁵⁶⁾.

Che la logica penale assuma qui manifestazioni distorsive è dimostrato dal rilievo già formulato che il corso di cambio al pagamento finisce per procurare un lucro da rialzo al creditore che non avrebbe cambiato e lascia scoperto, in caso di ribasso, il danno del creditore che doveva cambiare⁽⁵⁷⁾. *A fortiori* qui vengono trasgrediti i limiti del prevedibile e dell'evitabile.

Quale sia la soluzione corretta del problema ebbi a scriverlo altrove⁽⁵⁸⁾: il debitore può indifferentemente prestare, secondo il suo tornaconto, anche durante la mora, la moneta *in obligatione* o quella *in facultate ex art. 1278 c.c.*, salvo ad indennizzare il creditore del danno per il ribasso della moneta prestata rispetto a quella in cui a suo tempo, se ricevuta, avrebbe cambiato.

Il danno da mora va indennizzato, inoltre, alla stregua di ogni altro credito pecuniario con riguardo ai normali interessi ed allo scarto con il rendimento corrente del danaro *ex art. 1224 c.c.*

Una pena privata va anche ravvisata nelle obbligazioni in moneta nazionale indicizzate ad una moneta straniera laddove questa viene calcolata, anche successivamente alla scadenza, fino al pagamento, per il caso di rialzo della moneta di riferimento⁽⁵⁹⁾.

Lo stesso è *a fortiori* a dirsi di quell'opinione che attribuisce al lavoratore estero-residente la facoltà di scegliere il *quantum plurimi* tra il credito convertito in moneta nazionale e rivalutato *ex art. 429, 3° comma c.p.c.* e il maggior corso di cambio della moneta straniera al pagamento⁽⁶⁰⁾.

(55) G. VALCAVI, *Il corso di cambio*, loc. cit., pp. 260, 263.

(56) ID., *op. cit.*, p. 258.

(57) ID., *op. cit.*, p. 262.

(58) ID., *op. cit.*, p. 260, 263.

(59) In questo senso, vedi QUADRI, *Le clausole monetarie*, 1980, pp. 141 ss.; 152 ss.; Cass. civ., 24 giugno 1980, n. 3971.

(60) Cass., sez. lav., 16 maggio 1981, n. 3239, in *Foro it.*, 1982, I, p. 779. In senso contrario: G. VALCAVI, *Se il credito del lavoratore estero residente sia rivalutabile ex*

8. - Il terreno dove maggiormente si manifesta la pena privata è quello degli interessi monetari e concerne il modo con cui vengono aggiunti e calcolati all'indennizzo.

Occorre qui compiere una breve digressione.

Si conviene in genere che l'interesse ha carattere pecuniario e che è accessorio, omogeneo, periodico e proporzionale rispetto al debito principale⁽⁶¹⁾. Essi vengono distinti in moratori e non moratori.

Quelli non moratori presuppongono un credito pecuniario liquido. Quelli moratori invece un credito liquido od illiquido, in mora.

Il tasso di interesse, predeterminato dalla legge, ha carattere suppletivo e nominale ed è, mentre scriviamo, pari al cinque per cento; una misura destinata a rimanere indietro, in epoca di inflazione, rispetto a quella di mercato. Il recupero di tale scarto e così il riferimento tendenziale al normale rendimento di mercato è consentito al creditore dal suo diritto a conseguire il risarcimento del maggior danno da mora (il nostro art. 1224, 2° comma c.c.)⁽⁶²⁾ e nel caso degli interessi non moratori dal diritto di espropriare il debitore dei maggiori frutti conseguiti col danaro di lui (il nostro art. 1207, 2° comma c.c.)⁽⁶³⁾.

Il riferimento presuntivo all'interesse di mercato, come al normale danno o frutto, è coerente al *quod plerumque accidit*.

È opinione largamente dominante quella di aggiungere gli interessi legali all'indennizzo, come liquidato, a far tempo dall'illecito, nella responsabilità extracontrattuale⁽⁶⁴⁾, e dalla domanda giudiziale, in quella contrattuale⁽⁶⁵⁾.

Codesta opinione trasmoda in un lucro ingiustificato se l'indennizzo è stimato sulla base dei prezzi alla decisione invece che al verificarsi del danno.

art. 429, 3° comma c.p.c., in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 504, tra i molti.

⁽⁶¹⁾ LIBERTINI, *Enciclopedia del diritto*, XXII, voce *Interessi*, pp. 95 ss. e obbligazioni cit.

⁽⁶²⁾ In tal senso è l'orientamento che si va affermando in dottrina e in giurisprudenza a proposito dell'art. 1224, 2° comma c.c. con riguardo al presumibile risultato di un investimento finanziario normale.

⁽⁶³⁾ Ai sensi dell'art. 1207, 2° comma c.c., il debitore non in mora deve comunque al creditore gli interessi da lui percepiti. Si presumeranno percepiti gli interessi normali ove questi siano superiori a quelli legali. L'onere della prova incombe sul creditore.

⁽⁶⁴⁾ Tra le molte: Cass. civ., 16 giugno 1981, n. 3900, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, p. 1381; Cass. civ., 6 gennaio 1984, n. 80, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, p. 33.

⁽⁶⁵⁾ Tra le molte: Cass. civ., 22 novembre 1971 n. 3369, in *Archiv. resp. civ.*, 1973, p. 263; Cass. civ. 22 gennaio 1976 n. 185, in *Archiv. civ.*, 1976, p. 466.

Ma ciò è a dirsi anche del caso in cui codesti interessi sono aggiunti al credito rivalutato, secondo la teorica dei crediti di valore, dove il credito è supposto contemporaneamente da un lato investito nel paniere di merci, di cui si disse, e dall'altro, liquido. Essi vengono giustificati come compensativi e cioè dovuti a compenso dell'uso del capitale di pertinenza del creditore, compiuto dal debitore.

Che si tratti di proposizione inaccettabile e schiettamente penale è dimostrato dalle considerazioni, che qui seguono.

L'interesse di cui si tratta manca delle caratteristiche essenziali perché esso non viene considerato mai accessorio di un credito pecuniario e cioè di valuta e mai di valore.

In altri termini codesto interesse non avrebbe carattere pecuniario, né è accessorio ed omogeneo ad un debito principale di valuta, e non può considerarsi compensativo perché non concerne un credito liquido, ma illiquido.

A questo tipo di crediti possono accedere solo interessi moratori, tanto che essi compenserebbero l'uso del capitale altrui, durante il ritardo occorrente per la liquidazione.

Qui delle due l'una: o il capitale è considerato di valuta e il discorso può avere un senso o è considerato di valore e non può parlarsi dell'uso del capitale altrui perché non ha carattere pecuniario, come deve essere ogni capitale, normalmente produttivo di interessi.

Nel caso del credito di valore il compenso per il ritardo è costituito dalla sola rivalutazione monetaria.

Ha parimenti carattere penale l'opinione onde codesti interessi dovrebbero aggiungersi d'ufficio e non incontrerebbero preclusione processuale alcuna, derogandosi alle norme ordinarie⁽⁶⁶⁾. E così è a dirsi di quell'altra opinione secondo cui codesti interessi, a differenza di quelli moratori, non sarebbero neppure soggetti alle imposte⁽⁶⁷⁾.

Il lucro è manifestato ogniqualvolta la somma del capitale rivalutato e degli interessi legali, supera il normale rendimento o costo di rimpiazzo del denaro⁽⁶⁸⁾, come è stato sino a qualche tempo fa a causa dell'esuberanza di capitali liquidi disponibili e della scarsità della domanda di credito.

⁽⁶⁶⁾ Tra le molte: Cass. civ., 20 dicembre 1976, n. 4694, in *Archiv. civ.*, 1977, p. 251; Cass. civ., 18 settembre 1978, n. 4180, in *Mass. Giust. civ.*, 1978, p. 1742.

⁽⁶⁷⁾ Cass. civ., 6 febbraio 1970, n. 264, in *Mass. Giust. civ.*, 1950, p. 151.

⁽⁶⁸⁾ Ciò equivale a sommare al capitale interessi reali positivi (e non nominali) ad un saggio del 5%, nettamente al di sopra di qualsiasi rendimento normale del risparmio che in passato evidenziava interessi reali negativi per l'esuberanza di liquidità.

Invero l'interesse corrente tiene conto anche del tasso di inflazione, nei limiti delle condizioni di mercato, sicché tra i due tassi sussiste una interazione.

In una certa misura, la svalutazione è perciò incorporata dall'interesse nominale. Questo, a seconda che superi o meno il tasso di inflazione, sarà un interesse reale positivo o negativo, e tuttavia esso, qualunque sia, costituisce il normale riferimento del danno moratorio.

Costituisce una evidente pena privata, l'opinione che calcola l'interesse legale addirittura retroattivamente sul capitale rivalutato superando così il limite del divieto di anatocismo⁽⁶⁹⁾.

9. - Vediamo ora come si possa in definitiva pervenire al risarcimento del danno, evitando che esso trasmodi in un lucro del creditore. È di fondamentale importanza distinguere il danno da illecito o da inadempienza (dolosa o colposa) dal danno da ritardo con cui viene prestato l'equivalente (per lo più colposo).

Il principio un tempo imperante «in illiquidis non fit mora» non ha consentito in passato — come si disse — di ipotizzare l'indennizzo di questo secondo danno in termini diversi dal primo.

Ed ha finito per fare un tutt'uno di danni diversi per natura e contenuto e che esigono indennizzi diversi.

L'abbandono di codesto principio consente ora di distinguere i due diversi danni e di individuare e proporzionare i loro indennizzi secondo criteri di normalità loro propri.

Il danno da illecito o da inadempienza va stimato perciò sulla base dei prezzi e valori in corso al momento in cui si verifica, per tale intendendosi anche la sua manifestazione evolutiva.

La stima va contenuta nei limiti stabiliti dagli artt. 1227 e 2056, 2° comma c.c., e laddove concerne un danno da inadempienza colposa, anche del prevedibile *ex art.* 1225 c.c.

Il conto va effettuato nella medesima moneta avente potere solutorio legale quale che sia il suo potere d'acquisto.

Il danno da ritardo nel prestare la somma dovuta sia essa liquida (come nelle obbligazioni pecuniarie) o illiquida (come l'equivalente del danno) va risarcito secondo criteri di un normale impiego finanziario e cioè mediante gli interessi moratori legali e il superamento *ex art.* 1224, 2° comma c.c., costituito dal differenziale rispetto al normale rendimento o costo di rimpiazzo del danaro, dal giorno dovuto a quello della sua concreta prestazione.

⁽⁶⁹⁾ Cass. civ., 12 settembre 1978, n. 4123, in *Mass. Giust. civ.*, 1978, p. 1719.

Trattasi di interessi soggetti alle normali imposte.

Nel caso di credito in moneta straniera, il debitore risarcirà anche il danno per la sopravvenuta svalutazione della moneta prestata rispetto a quella in cui il creditore avrebbe a suo tempo cambiato. Si ha perciò integrale risarcimento del danno sommando all'equivalente dell'interesse leso, secondo i valori correnti al momento della lesione, il normale rendimento monetario successivo *ex art. 1224 c.c.* quale si sarebbe realizzato con un investimento finanziario non aleatorio, sino al momento dell'effettivo indennizzo.

Lo scritto è stato richiamato da:

A. LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, in commentario Scialoja e Branca, Bologna, 1990, pp. 121, 190, 193, 219, 221, 288, 302, 313, nota 7; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, pp. 658- 661; V. DE LORENZI, *Obbligazione, parte generale, sintesi di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 271.