
Il tempo di riferimento nella stima del danno

1. – Nella responsabilità civile il divario dei valori e dei prezzi, nell'intervallo che va dalla scadenza dell'obbligazione alla prestazione dell'indennizzo, ha posto delicati problemi economici di politica legislativa in ordine alla soluzione, più ispirata ad equità, nei rapporti di responsabilità tra debitore e creditore. E così da un lato un eventuale ribasso dei prezzi tra scadenza, mora e decisione, ha posto in rilievo il problema dell'indennizzo nel senso di fissarlo ad un certo tempo, quale appunto la scadenza, la messa in mora o la domanda, mettendo al riparo il creditore dalla successiva caduta dei prezzi.

Dominante quivi, la preoccupazione di assicurare il risarcimento fermando il rischio contrattuale (alea) così che il creditore non sia chiamato a sopportare un eventuale ribasso o più in genere l'incognita del variare dei prezzi.

A ciò si è pensato da chi ha elaborato il concetto della *perpetuatio obligationis* e ha fermato la stima del danno al suo verificarsi (*dies obligationis*), all'inizio della mora (*tempus morae*) o alla domanda giudiziale (*tempus litis contestationis*).

Per contro l'evenienza di un possibile rialzo dei prezzi, che è anche l'ipotesi più frequente, in pratica ha posto il problema di evitare che il debitore possa acquisire questo lucro, come un arricchimento senza causa o premio della sua inadempienza, e di favorirne invece il creditore, che così viene chiamato a trarne un vantaggio. Il consentire al creditore codesta eventualità viene giustificato col riferire la stima al *tempus rei judicandae*, ossia «al momento presen-

Da «Rivista di Diritto Civile», anno XXXIII, 1987, p. 31, ss. e da «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Cedam 1994.

te in cui essa stima ha luogo» (Betti) ⁽¹⁾, cioè «il calcolo congetturale del presumibile valore attuale della cosa» che è quanto dire «sulla base di un ipotetico adempimento al momento della pronunzia», dove è fondamentale la preoccupazione di «attualizzare alla pronunzia il valore del danno».

Codesta «attualizzazione» viene effettuata in modo rudimentale col prendere il valore attuale di quella stessa cosa.

Lo spostamento della stima al tempo della pronunzia fa sì che lo stesso creditore corra però il rischio del ribasso, nel caso di caduta dei prezzi. Ciò è comunemente accettato da quegli autori e giudici che, nei vari ordinamenti giuridici, stimano il danno con riferimento alla pronunzia.

A prevenire codesto inconveniente, così assicurando al creditore non solo la possibilità del vantaggio in caso di rialzo, ma anche mettendolo al riparo dal ribasso dei prezzi, hanno provveduto i sostenitori ed i sistemi giuridici imperniati sul *quantum plurimi* e in cui l'influenza di una concezione per un verso afflittiva e per un altro premiale, è ancora più trasparente.

2. – Procediamo ora a un *excursus* storico e comparatistico per meglio intendere le dimensioni e i termini del problema.

Nel diritto romano classico la dottrina più autorevole ⁽²⁾ insegna che nei giudizi di stretto diritto e in quelli di buona fede, aventi per oggetto un *genus*, si assumeva a momento di stima del danno contrattuale il termine per l'adempimento, qualora fosse stato pattuito (D. 45, 1, 59; D. 13, 3, 4; D. 12, 1, 22; D. 13, 6, 5); nel caso invece che esso non fosse stato fissato, si aveva riguardo all'inizio della mora (*tempus morae*) o a quello della domanda giudiziale (*tempus litis contestationis, quanti ea res est*: D. 17, 1, 37; D. 13, 3, 4) ⁽³⁾.

Nel caso di variazione al rialzo od al ribasso del prezzo tra la sca-

(1) E. BETTI, *La litis aestimatio in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi*, Camerino, 1919, p. 26.

(2) E. BETTI, *op. loc. cit.*; E. BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, pp. 515, 544, 568, 578, 582; P. VOGLI, *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milano, 1938, pp. 15 ss.; id., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, p. 47.

(3) E. BETTI, *La litis aestimatio*, cit., pp. 8, 10 ss.; id., *Diritto romano*, cit., pp. 566 ss., 570 ss.; P. VOGLI, *op. ult. cit.*, p. 20.

denza del termine e la domanda, nei sovraindicati giudizi di buona fede aventi per oggetto un *genus*, il creditore poteva scegliere alternativamente il maggior prezzo che fosse stato raggiunto dal bene alla scadenza o alla domanda (*quanti plurimi*).

Nei giudizi di buona fede aventi per oggetto, invece, una *species*, la stima veniva effettuata con riguardo ai valori del tempo della decisione (*rej judicandae tempus*: D. 13, 6, 2, 2 Ulpianus 28 ad ed.; D. 19, 1, 3, 3 Pomponius 9 ad Sab.)⁽⁴⁾. Il riferimento al *tempus rej judicandae* era in una logica indennitaria, perché nel diritto classico non venivano riconosciuti gli interessi moratori per tutta la durata del processo dalla *litis contestatio* alla condanna⁽⁵⁾.

Un'eventuale discrepanza tra la *aestimatio rei* alla decisione e *l'id quod interest* non era poi un ostacolo insuperabile, dato che, come è stato rilevato dal Siber⁽⁶⁾, la stima veniva effettuata ora sulla base del *quanti ea res erit*, ora *dell'id quod interest*, a seconda del tipo di formula usato, per cui la loro equivalenza era solo tendenziale.

Lo stesso criterio del *tempus rej judicandae* era adottato anche per le azioni arbitrarie, dove la formula prevedeva che il giudice ordinasse, prima di ogni cosa, la restituzione (*arbitratus de restituendo*) e fissasse, in mancanza, l'equivalente⁽⁷⁾. Qui il *quanti ea res erit* era correlato al tempo differito della ipotizzata restituzione del bene, di cui era l'equivalente.

Il danno extracontrattuale era stimato invece al valore più alto che fosse stato raggiunto nei 30 giorni anteriori al furto (D. 13, 1, 8 § 1; D. 47, 2, 50)⁽⁸⁾.

Nel diritto postclassico e giustiniano ebbe a generalizzarsi, nei *judicia bonae fidae*, il ricorso al *tempus rei judicandae*⁽⁹⁾. Nel caso di ribasso dei prezzi il creditore poteva scegliere il *quanti plurimi*

(4) E. BETTI, *La litis aestimatio*, cit., pp. 12, 26 ss.

(5) P. VOGLI, *op. ult. cit.*, p. 13; G. CERVENKA, *Contributo allo studio delle usure c.d. legali nel diritto romano*, Milano, 1969, pp. 205, 273, n. 127.

(6) H. SIBER, *Romisches recht*, Lipsia, 1932, 2, p. 241; P. VOGLI, *op. cit.*, pp. 2, 16.

(7) M. KASER, *Quanti ea res est*, Münchener beitrage, 1935, XXIII; pp. 182, 195; P. VOGLI, *op. ult. cit.*, p. 2, nota 5. Sugli *judicia arbitraria* in genere, E. BETTI, *Diritto romano*, cit., p. 579.

(8) P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1952, p. 448.

(9) P. BONFANTE, *op. cit.*, p. 449; U. RATTI, in *Bullettino di diritto romano*, 1932, p. 169.

tra il *tempus morae* e quello alla decisione (D. 19, 1, 3 § 3; D. 19, 1, 21 § 3; D. 17, 1, 37).

Il riferimento qui vi ai prezzi alla decisione aveva una sua giustificazione perché in esso vigeva il principio *in illiquidis non fit mora*. La impossibilità di calcolare gli interessi moratori sul credito illiquido di risarcimento del danno, rendeva inevitabile l'assunzione dei nuovi prezzi alla decisione, per lo più in rialzo, alla base della stima, per attualizzare l'indennizzo prestato in ritardo.

3. – Nel diritto comune, Alciato, Duareno, Fabro⁽¹⁰⁾, assumevano alla base della stima del danno i valori correnti al momento della decisione nei giudizi di buona fede, se non c'era mora, e là dove invece essa c'era, quello dell'inizio della mora. Nei giudizi di stretto diritto si assumevano i valori in corso alla domanda.

Il Donello (Comm. al D. 1, XII, tit. 1, 1, 22 nn. 5, 19-21; XIII, tit. 1, 3 nn. 12, 13, 25) adottava il tempo della domanda nelle azioni contrattuali aventi per oggetto un *genus* e precisava che quivi «non dovesse aversi riguardo alla mora»⁽¹¹⁾.

Nell'ipotesi della mora prevalse una concezione ispirata ad una logica ad un tempo afflittiva per il debitore e premiale per il creditore, col ricorso al *quanti plurimi*.

Ciò era una diretta conseguenza, per un certo verso, del principio *in illiquidis non fit mora* di cui si è detto e che ha dominato da noi per tanti secoli e domina tutt'ora altrove e perciò della preoccupazione di procurare al creditore un vantaggio sostitutivo dei mancati interessi moratori, e per un altro verso dell'opinione che il debitore in mora è meritevole di ogni sanzione⁽¹²⁾.

La scelta era inasprita dai glossatori e da Bartolo (ad lege 22 del rebus creditis) col rendere arbitro il creditore di scegliere il valore più alto che la cosa avesse raggiunto durante la mora sino al valore attuale alla decisione⁽¹³⁾.

(10) ALCIATUS, *De eo quod interest*, Venezia, 1589, t. V, ff. 4-14; F. DUARENUS, *Commentaria in Digesta*, Lione, 1583; I. FABRO, *Commentaria in Institutiones Justinianae*, Venezia, 1532.

(11) H. DONELLUS, *Commentaria Juris civilis, Opera omnia*, Lucca, 1752, libro XXVI.

(12) F.C. SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, Torino, 1896, VI, § 275, p. 198.

(13) BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria*, Venezia, 1590, tomo II, p. 165.

Il Donello sostenne lo stesso partito (Comm. ad. D. 1, XII tit. 1, n. 22, n. 5, 19-21; XIII tit. III L. 3 n. 12, 13, 25) con riguardo alle azioni contrattuali, che avevano per oggetto una *species*.

Nel diritto statutario il ricorso al *quanti plurimi* durante la mora è trasparente in più di uno Statuto, come ad es. quello di Pisa (Constit usus cap. XXXII, XXXIII, XXXIV).

Il Vinnio (Select juris qua est I cap. 39), il Voet (Comm. ad. Pand. XIII, 3, 3), il Pacius (Conciliat cento 3 n. 72), il Fachineus (Controvers. 1, 2, cap. 74), il Saide (Decis, Frisiis, 1.3 tit. 4 def. 8) sostennero che nei giudizi *stricti juris*, in caso di mora, il creditore potesse scegliere il *quanti plurimi* tra l'inizio della mora e la *litiscontestatio*, e nei giudizi di buona fede, quello tra l'inizio della mora, la *litiscontestatio* e la decisione.

4. – Contempliamo ora il quadro romanistico riferendo le opinioni emerse nella Pandettistica tedesca del secolo scorso. Il ricorso al *quanti plurimi* durante la mora da illecito è stato sostenuto da Puchta e da Arndts, ma criticato da Mommsen e da Sintenis⁽¹⁴⁾. La stima del danno contrattuale sulla base della maggior quotazione raggiunta da quel bene durante la mora, sino alla decisione, che sovente segna anche il valore più elevato, è stata sostenuta da Madai, Schilling, Fritz⁽¹⁵⁾. Savigny, Vangerow, Brinz hanno tuttavia ammesso la possibilità per il debitore di provare che il creditore non avrebbe venduto a quel prezzo⁽¹⁶⁾. In tal senso è anche Windscheid dopo aver abbandonato un partito più favorevole al debitore⁽¹⁷⁾.

Si è sostenuto da altri autori che per riconoscere un tale maggior prezzo occorrerebbe che il creditore, il quale lamenta di aver subito danno da inadempienza nella prestazione di quel bene, dimostri e provi che lo «avrebbe venduto a quel prezzo» (così Sintenis) se gli fosse stato consegnato o quanto meno che «aveva intenzione ed oc-

(14) T. MOMMSEN, *Lehre von interesse*, Brunswick, 1855, pp. 183, 208; C.F. SINTENIS, *Prackt.gem. civilrecht*, Lipsia, 1868, II, § 93, nota 41; F.G. PUCHTA, *Pandekten*, Lipsia, 1838, § 268.

(15) MADAI, *Die lehre von der mora*, Halle, 1835, § 45, p. 296.

(16) F.C. SAVIGNY, *op. cit.*, §§ 275-278, pp. 240-260; VANGEROW, *Pandekten*, Marburg, 1865-1876, v. 3, § 588; A. BRINZ, *Pandekten*, Erlangen, 1873, v. 2, § 273.

(17) B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1930, II, pp. 103, 104 e la bibliografia cit. in nota 15.

casione di vendita» (così Unger) o almeno «occasione della vendita» (così Cohnfeldt) ⁽¹⁸⁾.

Il che è quanto esigere dal creditore la prova che egli avrebbe conservato l'investimento in quel bene sino al momento in cui esso ebbe a raggiungere la maggiore quotazione, che sovente coincide con «il valore attuale alla decisione».

L'opinione dei Pandettisti pertanto, a differenza dei predecessori, ad eccezione di Madai, Schilling, Fritz, non è più nel senso di accordare al creditore una facoltà arbitraria di scelta del *quanti plurimi* in una logica penale nei confronti del debitore in mora. Essi hanno piuttosto posto l'accento sull'indennizzo, sia pure inteso come maggiore quotazione raggiunta medio tempore sino alla decisione. Il *quanti plurimi* era perciò visto in funzione di una presunzione di investimento in quel bene sino al momento in cui esso raggiungeva la quotazione più elevata, fosse anche il valore attuale al momento della decisione.

Il vantaggio del rialzo dei prezzi veniva perciò attribuito al creditore come risultato di un disinvestimento ipotizzato in quel momento nel caso che il bene fosse stato a suo tempo consegnato. Ciò doveva equivalere a mettere il creditore nella condizione in cui si sarebbe trovato se non avesse subito il torto, vale a dire risarcire il suo danno.

È evidente che i sostenitori dell'opinione che pone a carico del creditore la prova che a quel prezzo avrebbe venduto (Sintenis, Unger), è la più vicina a quella di risarcimento del danno, mentre se ne allontana di più quella che presume un realizzo al maggior prezzo, con l'onere della prova contraria a carico del debitore che a quel prezzo non avrebbe venduto (Savigny, Mommsen, Vangerow, Brinz).

5. – La tradizione romanistica, come s'è visto, ha finito per privilegiare la *aestimatio rei* rispetto all'*id quod interest*, nel risarcimento del danno, pur avendone colto la *differentia* specifica.

La stima sulla base dei prezzi alla decisione, per lo più in rialzo, ed in specie il *quanti plurimi*, sono infatti manifestazioni del crite-

(18) COHNFELDT, *Die lehre von interesse nach rom. Recht.*, Lipsia, 1865, pp. 196 ss.; UNGER, *System des oest. allg. Privatrechts*, II, Lipsia, 1859, p. 132, nota 10.

rio oggettivo, in una logica afflittiva verso il debitore. Il diritto canonico ed i suoi interpreti si sono mossi nella direzione opposta che aveva al suo centro l'*id quod interest*.

Esso, preoccupato di non secondare le usure, ha posto particolare attenzione a distinguere il danno emergente dal lucro cessante, la cui indennizzabilità, quando anche non esclusa⁽¹⁹⁾, era limitata da particolari cautele e da prove rigorose perché non tramodasse nel lucro del creditore e perciò nell'usura. Ciò inevitabilmente presupponeva la definizione corretta dell'ambito dell'*id quod interest* cioè «della ricostruzione ideale della situazione in cui il creditore si sarebbe trovato, secondo l'ordinario corso delle cose, se non avesse subito il danno».

Il lucro cessante che potesse derivare da mercanzie o negoziazioni doveva essere valutato al netto delle spese di custodia e gestione, doveva tener conto dell'incertezza del maggiore o minore guadagno e puranco della possibilità di perdite, secondo criteri di verosimiglianza, ecc.

La maggior prudenza era consigliata anche a proposito di prove, posto che «con pochi soldi si procurano le fedi da sensali e notari delle pronte occasioni d'investire», e doveva aversi a termine di paragone «quel guadagno che il mutuante farebbe, comprando o rispettivamente vendendo la robba per il maggior o minor prezzo in riguardo del mutuo»⁽²⁰⁾, che poi era l'interesse di mercato.

La Rota Romana fissò come requisito di indennizzabilità del lucro cessante la previa notifica dal creditore al debitore del tipo di investimento prescelto insieme a tutti gli altri requisiti che, dall'autorità di Paolo di Castro, vennero definiti *castrensi*⁽²¹⁾. Anche le altre Rote, che seguivano l'opinione più moderata del Ruino, raccomandavano comunque di effettuare detrazioni da quella quantità di danno che pur apparisse provata, sia per l'incertezza del lucro, sia perché risultato di calcolo ipotetico e non di impegno e di rischio sofferto⁽²²⁾.

(19) C. NANI, *La teoria dell'id quod interest sotto l'influenza della legislazione e delle dottrine canoniche*, in *Archivio Serafini*, 1876, pp. 223, 229 nota 3, 229 nota 3.

(20) G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare*, Roma, 1673, pp. 406, 409.

(21) C. NANI, *op. cit.*, pp. 224, 226, nota 1.

(22) C. NANI, *op. cit.*, pp. 217-221, 226, n. 2.

Anche la stima del danno emergente era soggetta a cautele speciali dai tribunali dipendenti dalla Rota Romana, dove si richiedeva che il creditore portasse a notizia del debitore il programma di investimento e di spese, secondo l'opinione del Mohedano. La sussistenza della mora era subordinata a prove particolarmente severe.

Il problema perciò intorno a quale tempo riferire la stima del danno si poneva in termini assolutamente diversi per il diritto canonico rispetto al diritto romano e a quello comune e si basava necessariamente sul momento del verificarsi del danno.

Occorre qui sottolineare la modernità di concezione di questo diritto in questa materia, così sovente trascurata, che derivò dalla sensibilità nell'evitare le usure del creditore e dall'impegno a depenalizzare il risarcimento. L'omesso riferimento al *tempus rei judicandae* o al *quanti plurimi* va visto in questa ottica.

6. – In linea di sviluppo col diritto canonico sono da considerare l'insegnamento del Pothier⁽²³⁾ e l'orientamento di fondo delle moderne legislazioni che il danno è risarcibile entro determinati limiti.

È opinione dominante nel diritto moderno che il risarcimento si basa sull'*id quod interest* e non sulla *aestimatio rei*⁽²⁴⁾.

Si suole enfatizzare in genere l'assioma che il nostro e gli altri ordinamenti giuridici perseguirebbero l'obiettivo dell'integrale risarcimento del danno anche a distanza di tempo, così da trarre le conseguenze più onerose a carico del debitore⁽²⁵⁾.

Tale postulato contraddice i precisi limiti alla risarcibilità posti dagli odierni legislatori.

Non è infatti risarcibile il danno che può essere evitato⁽²⁶⁾, quello che dipende dal concorso della vittima, il danno contrattuale colposo non prevedibile al momento della formazione del contratto⁽²⁷⁾.

(23) POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, 1764, nn. 159, 172.

(24) Così da noi tra i molti, ad es., A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1966, n. 45, e bibliografia ivi cit.

(25) Cass. civ., 12 gennaio 1982, n. 132, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Danni civili*, n. 152; Cass. civ., 6 febbraio 1982, n. 693, *ibidem*, n. 151, tra le molte.

(26) Art. 1227, 2° comma, c.c., in coerenza con il principio solidaristico affermato da *Relazione min. al c.c.*, nn. 30-34; in Germania § 254, 2° comma, BGB; in Svizzera art. 34 c. obbl.; esso è accolto anche nel diritto francese e spagnolo.

(27) Art. 1225 c.c.; art. 1150 c.c. francese; art. 1107 c.c. spagnolo.

Il lucro cessante va liquidato tenendo conto delle circostanze del caso, cioè con moderazione⁽²⁸⁾. La linea di tendenza dei legislatori è di accentuare i limiti di risarcibilità. Ciò delimita oggettivamente la risarcibilità alla sfera del danno più prossima.

7. – La dottrina e la giurisprudenza contemporanea dei paesi europei si sono tuttavia, a mio avviso, attardate su una linea assai più arretrata di quella dei legislatori. L'influsso della cultura romanistica è trasparente.

E così malgrado in teoria sia dominante il principio che solo l'*id quod interest* forma oggetto del risarcimento, in pratica si continua a privilegiare il ricorso alla *aestimatio rei*, come quando si liquida il danno sulla base dei prezzi correnti alla decisione.

I limiti di cui si è parlato come indicativi dell'ambito temporale del danno prossimo al suo verificarsi, vengono a loro volta intesi in senso riduttivo e fuorviante.

La prevedibilità non si estenderebbe così alla quantità sia pure approssimativa di danno, perché sarebbe in ogni caso prevedibile che i prezzi in sé variano⁽²⁹⁾. Evitare il danno parimenti non equivarrebbe ad adoperarsi attivamente fino al rimpiazzo del bene distrutto, perito o non prestato, ma ad assumere un comportamento meramente passivo⁽³⁰⁾.

Su queste premesse passiamo ora in rassegna il quadro comparatistico delle opinioni dominanti nella dottrina e nella giurisprudenza dei vari paesi.

In *Germania*. Il principio dominante in questo paese è che il calcolo vada effettuato sulla base dei prezzi correnti al momento in cui il danno viene concretamente indennizzato.

Sotto l'aspetto processuale ciò si traduce nell'assumere prezzi e

(28) Art. 2056, 2° comma, c.c.; così anche § 252, 2° comma, BGB. Nel senso della moderazione era l'insegnamento del POTHIER, *op. cit.*, n. 168, che, trasfuso nell'art. 47 dell'avanprogetto del codice napoleonico, non venne tuttavia poi accolto.

(29) Per una rassegna v. BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II, pp. 302 ss. Per l'estensione al *quantum*: C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1218-1229²), Bologna-Roma, 1979, *sub* art. 1225, p. 389, nota 8; A. DE CUPIS, *Il danaro*, *cit.*, pp. 345 ss.

(30) Tra le molte, Cass. civ., 6 agosto 1983, n. 5274, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2819; Cass. civ., 15 luglio 1982, n. 4174, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Danni civili*, n. 53.

salari correnti al momento dell'ultimo dibattimento orale davanti al giudice dei fatti, nel qual caso è da considerare l'ulteriore sviluppo del danno fino alla prevedibile prestazione dell'indennizzo. Se dopo l'ultimo dibattito si realizzano altri danni, la parte lesa può farli valere con un nuovo processo, e in caso di diminuzione, può esercitare una controquerela esecutiva ⁽³¹⁾. In taluni casi, tuttavia, l'ammontare del risarcimento può essere fissato secondo circostanze anteriori all'indennizzo. È il caso, per es., in cui il danneggiato abbia provveduto alla riparazione o all'acquisto di pezzi di ricambio ovvero si tratti di un indennizzo per un affare perduto che si sarebbe dovuto svolgere ad una certa data prefissata o dell'ipotesi in cui lo sviluppo dei danni si è concluso definitivamente per altre ragioni.

Quanto agli interessi secondo il § 290 BGB ove durante la mora sia stato perduto l'oggetto o non possa essere restituito per altra ragione, il creditore ha diritto agli interessi legali del 4% sull'ammontare del danno a partire dal momento su cui si basa la definizione del valore: §§ 288, 290, 849 BGB ⁽³²⁾.

In caso di sottrazione, di guasto di un oggetto, la persona offesa può chiedere gli interessi legali sull'ammontare da rimpiazzare a partire dal momento in cui il valore ridotto è stato determinato. Questo è generalmente il momento dell'intervento o dell'evento dannoso. Una pretesa più elevata non è esclusa.

In *Francia*. L'orientamento meno recente stimava il danno con riferimento ai valori correnti al tempo del suo verificarsi ⁽³³⁾.

La giurisprudenza dominante in seguito alle decisioni 24 marzo 1942 della *Chambre de Requête*s, 15 luglio 1943 e 12 gennaio 1948 della *Cour de Cassation*, ha accolto l'opposto partito dei prezzi e salari correnti alla decisione, concludendo che «l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice doit être calculée sur le valeur de dommage au jour du jugement» ⁽³⁴⁾.

(31) GRUNSKY, *Münchener-Kommentar*, München, 1985, vor § 249 BGB Rnr. 124 ff.; PALANDT, München, 1985, § 249, n. 9; STAUDINGER, Berlin, 1983, § 249 BGB Rnr. 238 ff.; GLOSSER, *Der zeitpunkt der schadens bemessung im deliktsrecht*, Freiburg, 1977.

(32) Tra i molti, BAUMBACH, DUDEN, HOPT, München, 1985, § 352, 353, HGB.

(33) Giurisprudenza cit., in H. e L. MAZEAUD, in *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1950, nn. 2420-8.

(34) H. e L. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 544.

Lo stesso criterio è seguito dalla dottrina più autorevole. Il Mazeaud, il Savatier, il Lalou⁽³⁵⁾ tra i molti autori, assumono i prezzi alla decisione, sia in rialzo od in ribasso (*hausse* o *baisse de prix*), con il correttivo tuttavia che in caso di ribasso il creditore può provare che avrebbe venduto prima a prezzo più elevato, per ottenere l'indennizzo del maggior danno da ritardo (Mazeaud, n. 2423-5, Savatier n. 603). E ciò perché: «a perdu la chance de vendre ses titres aux cours pratiqués entre le vol et le jugement» e tale perdita di *chance* deve essere risarcita⁽³⁶⁾.

Viene così riproposta indirettamente l'opinione che indulge al *quantum plurimi*.

La medesima conclusione è adottata in materia di danno in moneta straniera dove si fa riferimento al cambio al pagamento⁽³⁷⁾. Gli interessi moratori vengono fatti decorrere coerentemente dalla decisione (LALOU, *op. cit.*, n. 73, MAZEAUD, *op. cit.*, n. 2247). Non è invece seguita l'opinione di indicizzare il danno al costo della vita come da noi, nei crediti di valore.

Il riferimento al tempo della decisione e la decorrenza degli interessi moratori da quest'ultima vengono fatti discendere *in primis* dal carattere attributivo e non semplicemente dichiarativo di quella parte della pronuncia che liquida il danno (LALOU, *op. cit.*, n. 73, MAZEAUD, *op. cit.*, n. 2261, SAVATIER, *op. cit.*, n. 602).

È prevalente l'opinione che il danno sia unico e invariabile dal prodursi alla decisione (MAZEAUD, *op. cit.*, n. 2420-14) e che la variazione dei prezzi, ritenuta in sé e per sé prevedibile, non comporta mutamento del danno. È stato al riguardo scritto che «le dommage, lui n'a pas varié, il est toujours de la perte de cet objet», mentre «sa valeur seule a changé» (MAZEAUD, *op. cit.*, nn. 2422, 2435-5).

Tuttavia vengono introdotti alcuni correttivi che minano la coerenza delle tesi di principio. E così, là dove il danneggiato abbia ri-

(35) H. e L. MAZEAUD, *op. cit.*, nn. 2420-6, 2421, 2423, 2423-9; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1951, II, p. 602; H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1962, n. 181.

(36) In questo senso, MAZEAUD, *op. cit.*, nn. 2423-5, parla di un pregiudizio supplementare.

(37) R. SAVATIER, *op. cit.*, n. 605; H. e L. MAZEAUD, *op. cit.*, nn. 2423-13 ss.; H. LALOU, *op. cit.*, n. 186, e giurisprudenza *ivi cit.*

parato da sé il danno, ci si deve riferire a quanto da lui speso⁽³⁸⁾, e nel caso che chi abbia subito un'invalidità permanente, e successivamente muoia per causa autonoma, occorre basarsi sul salario in essere alla morte e non alla decisione⁽³⁹⁾.

Infine, si finiscono per far decorrere gli interessi dalla domanda che vengono qualificati compensativi invece che moratori, trasmodando nel lucro del danneggiato.

Nel *Belgio*. La Cour de Cassation ha abbandonato il più antico riferimento al tempo del danno e ha adottato quello alla decisione⁽⁴⁰⁾.

In *Spagna*. La giurisprudenza assume a momento di riferimento *el tiempo de ejercicio de la accion*, cioè della domanda⁽⁴¹⁾.

Non si propone il tempo alla decisione, perché ritenuto inconciliabile col principio di cui all'art. 359 del codice di procedura della congruenza tra sentenza e domanda.

In genere si esclude che gli interessi moratori decorrano dalla domanda, perché «no existe mora cuando la cantidad solecitada resulta illiquida»⁽⁴²⁾. Tale postulato è attualmente soggetto a revisione critica dalla dottrina (J. Santos Briz, L. Diez-Picazo, M. Albaladejo) che propende perciò per la loro decorrenza dalla domanda⁽⁴³⁾.

Una parte della più recente dottrina (J. Santos Briz, L. Diez-Picazo) e della giurisprudenza, sotto l'influenza italiana, va ora propugnando l'introduzione della categoria dei crediti di valore⁽⁴⁴⁾. Questa categoria è definita come quella «dove el dinero funciona como un equivalente de otros bienes o de otros servicios»⁽⁴⁵⁾ e non

(38) H. e L. MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 2423-2, e giurisprudenza *ivi cit.* alle note 2 e 3; SAVATIER, *op. cit.*, n. 606.

(39) H. e L. MAZEAUD, *op. cit.*, n. 2419. Tuttavia in linea di principio si assume il salario alla decisione: MAZEAUD, *op. cit.*, n. 2421; H. LALOU, *op. cit.*, n. 181.

(40) Cass. belge, 7 febbraio 1946, in MAZEAUD, *op. cit.*, nn. 2480-8, nota 21.

(41) Trib. Supremo, 30 ottobre 1956, e giurisprudenza consolidata, in J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil en derecho sustantivo y procesal*, Madrid, 1981, p. 289.

(42) Trib. Supremo, 28 febbraio 1975 e 12 luglio 1973, in J. SANTOS BRIZ, *op. cit.*, pp. 343 ss.

(43) L. DIEZ-PICAZO, Y ANTONIO GILLON, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 1978, II, p. 157; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, *Derecho des obligaciones*, Barcellona, 1980, § 32, p. 179.

(44) J. SANTOZ BRIZ, *op. cit.*, pp. 289 ss.; sentenza 20 maggio 1977, I Trib. Supremo, *ibidem*, p. 343.

(45) L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1983, I, pp. 464-477.

come mezzo nominale di scambio. Si propende ad aggiungere gli interessi dalla domanda alla rivalutazione monetaria, come da noi, così duplicando il risarcimento, che trasmoda nel lucro ⁽⁴⁶⁾.

In *Gran Bretagna*. La giurisprudenza e la dottrina assumono a riferimento i prezzi e salari del giorno della inadempienza (Philips v. Ward, 1956, J.W.L. 471) o del danno o dei danni successivi (v. autori citati da Mazeaud n. 2358 n. 2).

Negli *Stati Uniti d'America*. Ci si riferisce al giorno del danno o del danno successivo, tenendo conto della svalutazione della moneta (v. HARPER AND JAMES, vol. II, § 25; RITA HAUSER, *Breach of Contracts Damages during inflation*, 23 *Tulane Law Rev.* 307, 322, 1959, cit. da Mazeaud e Tunc, II, p. 567, nota 21).

In *Canada*. La giurisprudenza si basa sui valori e salari in corso alla inadempienza o all'illecito ⁽⁴⁷⁾. La legge 21 febbraio 1957 ha introdotto nel codice civile del Quebec l'art. 1056 che fa decorrere gli interessi dalla domanda giudiziaria, così superando il principio *in illiquidis non fit mora*.

In *Svizzera*. Il danno viene stimato al suo verificarsi e ad esso si aggiungono gli interessi ed il maggior danno da mora *ex art.* 116 c. obbl. Le obbligazioni in moneta straniera vengono espresse in franchi svizzeri e le eventuali differenze di cambio posteriori sono liquidate solo come danno da mora ove si dimostri che si sarebbe cambiato ⁽⁴⁸⁾.

Nelle *convenzioni internazionali dell'Aja 1° luglio 1964 e di Vienna 11 aprile 1980*. L'art. 84.1 della convenzione dell'Aja e l'art. 76 di quella di Vienna, accolgono il criterio, nel caso di danno da risoluzione contrattuale, di riferirsi ai prezzi correnti al momento della risoluzione del contratto e non a quello in cui si sarebbe potuto risolvere. Ciò equivale, in via di approssimazione, a quello della domanda.

La soluzione diede luogo a vivaci discussioni alla conferenza di Vienna e il medesimo Chairman la criticò perché avrebbe incorag-

(46) Così SANTOS BRIZ, *op. cit.*, p. 315.

(47) P. AZARO, *Jurisprudence et doctrine canadiennes en matiere de responsabilité civile* (supplemento al trattato di H. LALOU, Paris, 1962, p. 18).

(48) Trib. federale svizzero, in *Raccolta decisioni*, 1960, II, p. 340; 1947, II, p. 193; 1946, II, p. 380; F. BOLLA, *Repertorio di giurisprudenza patria*, 1936, p. 472; SCHNITZER, *Manuale di diritto privato della Svizzera*³, p. 667.

giato la parte risolvente a speculare in danno dell'altra. È stato tuttavia osservato che dovrebbe applicarsi il correttivo di escludere i maggiori danni evitabili ad es. con un rimpiazzo più tempestivo.

È apprezzabile l'opinione dottrinale che tiene conto dei «costi benefici» nel calcolo del danno in genere⁽⁴⁹⁾, mentre non pare coerente quella favorevole al cambio al pagamento.

8. – E ora passiamo a vedere gli orientamenti affermatasi in Italia.

All'epoca del codice civile del 1865, la giurisprudenza oscillò tra la stima del danno, specie se contrattuale, secondo il valore che la prestazione aveva al tempo della inadempienza⁽⁵⁰⁾ e quello invece al tempo del ripristino. In particolare questa opinione prevalse ove il creditore, invece della risoluzione, avesse chiesto e ottenuto la condanna all'adempimento e questa fosse rimasta ineseguita.

Il calcolo della invalidità permanente della persona venne effettuato sul salario corrente al tempo del verificarsi del danno. Si aggiungevano per il periodo dall'inadempienza alla liquidazione gli interessi legali, qualificati come compensativi, per la loro evidente funzione di saggio di attualizzazione dell'indennizzo e non come moratori, per via del principio *in illiquidis non fit mora*.

In dottrina Albertario, Ascoli, Brugi, Chironi, De Ruggiero, Stolfi⁽⁵¹⁾, sostennero che la stima andasse effettuata sulla base del valore della cosa al momento in cui avrebbe dovuto essere prestata mentre altri, tra cui in ispecie il Tedeschi, si riferirono a quello della decisione.

I lavori del Tedeschi⁽⁵²⁾ si distinsero per apparato dottrinale e coerenza dogmatica ed influenzarono la dottrina successiva. In modo controverso fu affrontato anche il problema del corso di cam-

(49) F. BONELLI, *La responsabilità per danni*, in *La vendita internazionale*, quaderno n. 39 di *Giur. comm.*, Milano, 1981, pp. 265, nota 36, 265-266, 281 ss., 291 ss.

(50) Cass. Firenze, 11 dicembre 1887, in *Rass. compl. Giur. sul c.c.*, Milano, 1923, p. 429, n. 204; App. Genova, 13 marzo 1900, *ibidem*, p. 768, n. 5439.

(51) ALBERTARIO, *Monitore dei tribunali*, 1910, p. 22; ASCOLI, *Codice civile annotato*, Milano, 1920, *sub art.* 1931, n. 81; BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1923, p. 265; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, Milano, 1906, II, n. 434 *bis*, p. 369; *id.*, *Colpa contrattuale*, pp. 584 s.; N. STOLFI, *Diritto civile*, Milano, 1934, III, n. 353.

(52) TEDESCHI, *Il danno e il momento della sua determinazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, I, p. 263 ss.; *id.*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, pp. 234-244.

bio, se alla scadenza o al pagamento, al quale andasse commisurata la prestazione in ritardo della moneta straniera⁽⁵³⁾.

Il nuovo legislatore del 1942 non intese risolvere il problema di fondo, là dove scrisse: «si è lasciata alla dottrina ed alla giurisprudenza la determinazione del momento, a cui deve aversi riguardo per la stima del danno»⁽⁵⁴⁾.

È stato tuttavia superato dall'art. 1219, 2° comma n. 1, c.c., il principio *in illiquidis non fit mora*, e l'art. 1227 c.c. ha imposto al creditore l'onere di evitare l'aggravamento del danno⁽⁵⁵⁾. I riflessi di questi precetti non sono stati colti in tutta la loro ampiezza con riguardo al nostro problema.

La giurisprudenza dominante, formatasi sul nuovo codice civile, ha qualificato il risarcimento del danno come credito di valore. Essa stima il danno al suo verificarsi e poi lo rivaluta in rapporto al successivo deprezzamento monetario fino alla liquidazione⁽⁵⁶⁾.

In epoca a noi più recente, si è venuto affermando l'orientamento alternativo di calcolare l'indennizzo sulla base dei prezzi e dei salari⁽⁵⁷⁾ al momento della liquidazione, perché – è stato ritenuto – i due metodi pervengono per vie diverse allo stesso risultato pratico⁽⁵⁸⁾. Si aggiungono altresì gli interessi legali che si seguitano a qualificare compensativi e non moratori malgrado che sia ritenuto del tutto superato il principio *in illiquidis non fit mora*⁽⁵⁹⁾. Essi sono ora calcolati sul capitale rivalutato⁽⁶⁰⁾, ora sul capitale originario⁽⁶¹⁾.

(53) Per una rassegna, di dottrina e giurisprudenza, v. G. VALCAVI, *Il corso di cambio e il danno da mora nelle obbligazioni in moneta straniera*, *Rivista Dir. Civ.*, 1985, II, pp. 253 s., note 5, 6 e 7.

(54) *Relazione del Guardasigilli*, n. 721.

(55) Nel senso che il nostro ordinamento non accoglie il principio *in illiquidis non fit mora*: tra le molte Cass. civ., 12 gennaio 1976, n. 73, in *Rep. Giur. it.*, 1976, c. 2968, n. 282.

(56) Tra le moltissime, Cass. civ., 28 febbraio 1984, n. 1420; Cass. civ., 6 febbraio 1984, n. 890, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, nn. 296, 452.

(57) Cass. civ., 5 agosto 1982, n. 4297, in *Rep. Giur. it.*, 1982, voce *Danni*, c. 815, n. 55. Per il riferimento invece al fatto: App. Genova, 2 settembre 1966; App. Genova, 9 luglio 1946; App. Genova, 4 marzo 1966, in *Rep. Giur. it.* 1944-47, voce *Responsabilità civile*, nn. 192, 195, 196.

(58) Cass. civ., 4 luglio 1979, n. 3814, in *Rep. Giust. civ.*, 1979, p. 732, n. 135.

(59) Cass. civ., 30 marzo 1985, n. 2240, in *Rep. Giust. civ.*, 1985, voce *Danni*, c. 731, n. 24.

(60) Cass. civ., 13 luglio 1983, n. 475, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, n. 1677; Cass. civ., sez. un., 19 luglio 1977, n. 3216, in *Mass. Giust. civ.*, 1977, n. 1269.

(61) Cass. civ., 9 luglio 1984, n. 3992 in *Rep. Giur. it.*, 1984, c. 2182, n. 272, tra le molte.

Le tendenze della nostra dottrina, invece, sono molto più articolate e contrastanti. Il danno da illecito è stato stimato con riguardo al suo verificarsi da Greco ⁽⁶²⁾ e Peretti Griva ⁽⁶³⁾, e invece alla liquidazione da Ascarelli ⁽⁶⁴⁾, De Cupis ⁽⁶⁵⁾, Nicolò ⁽⁶⁶⁾. Passiamo ora al danno contrattuale. Quello da risoluzione per inadempienza è stato calcolato sulla base dei valori correnti all'inadempienza da Nicolò ⁽⁶⁷⁾ e da Greco ⁽⁶⁸⁾, alla domanda giudiziaria invece da Ascarelli ⁽⁶⁹⁾, Mengoni ⁽⁷⁰⁾, Raffaelli ⁽⁷¹⁾ e, infine, alla decisione, da Mosco ⁽⁷²⁾.

Ascarelli e Greco procedono al successivo ragguaglio monetario ⁽⁷³⁾. Il danno da perimento fortuito del bene durante la mora è stato stimato con riguardo al momento del perimento da Mengoni e da Nicolò ⁽⁷⁴⁾, e invece alla decisione, da Ascarelli ⁽⁷⁵⁾. Quest'ultimo stima alla decisione anche il danno da mancata consegna della cosa, dopo la condanna all'adempimento. Egli è peraltro incline a soluzioni ispirate alla logica afflittiva del *quanti plurimi* ⁽⁷⁶⁾.

Concordemente si aggiungono gli interessi monetari dalla domanda, che si reputano compensativi.

Da ultimo l'autore di queste righe ha sostenuto che il danno debba essere stimato in linea generale con riguardo ai prezzi e salari in

(62) P. GRECO, *Debito pecuniario, debito di valore e svalutazione monetaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, II, p. 112.

(63) PERETTI GRIVA, *Momento di valutazione del danno nell'illecito aquiliano*, in *Giur. it.*, 1947, I, 2, c. 51 ss.

(64) T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, nel *Commentario del c.c.* a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1277-1284), Bologna-Roma, 1963, sub art. 1279, n. 179, p. 522.

(65) A. DE CUPIS, *op. cit.*, I, p. 269.

(66) R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta*, in *Foro it.*, 1946, IV, c. 50 ss.

(67) R. NICOLÒ, *op. cit.*, c. 51.

(68) P. GRECO, *op. loc. cit.*

(69) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 526.

(70) MENGONI, *Rassegna critica di giurisprudenza*, in *Temi*, 1946, pp. 581 ss.

(71) G.A. RAFFAELLI, *Intorno al momento della determinazione del danno*, in *Foro pad.*, 1946, I, c. 89 ss.; id. in *Foro pad.*, 1946, I, c. 553.

(72) MOSCO, *Effetti giuridici della svalutazione*, Milano, 1948, p. 83.

(73) P. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 519; P. GRECO, *op. loc. cit.*

(74) MENGONI, *op. loc. cit.*; R. NICOLÒ, *op. cit.*, c. 51.

(75) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 521, nota 1, e p. 525.

(76) T. ASCARELLI, *op. cit.*, pp. 523, 531, e 532, dove a nota 1 ripropone la distribuzione di presunzioni e dell'onere della prova contraria in modo analogo a quello proposto a suo tempo dai pandettisti.

corso al suo verificarsi⁽⁷⁷⁾, mentre il successivo ritardo con cui viene prestato l'equivalente deve essere indennizzato ricorrendo alla norma chiave dell'art. 1224, 1° e 2° comma, c.c., che si applica anche alle obbligazioni pecuniarie illiquide, perché è caduto il criterio *in illiquidis non fit mora*.

E così al capitale di risarcimento devono aggiungersi gli interessi legali e il maggior indennizzo moratorio *ex art.* 1224, 2° comma, c.c., che va individuato nello scarto tra i primi e il normale rendimento del danaro⁽⁷⁸⁾. In tal modo, sommandosi al capitale originario il suo normale rendimento monetario successivo sino al pagamento, si ha il completo ristoro del danno.

9. – Cominciamo ora da un esame critico del fondamento delle opinioni che nei diversi ordinamenti stimano il danno sulla base dei prezzi correnti in momenti più o meno prossimi all'indennizzo invece che al suo verificarsi.

Passeremo poi a discorrere del fondamento delle opinioni che invece indicizzano i crediti al tasso di svalutazione o rivalutazione monetaria (c.d. crediti di valore).

Da ultimo si proporrà una soluzione che meglio sembra corrispondere alla natura e ai vari aspetti del problema di cui l'Huberius, sulle orme di Cujacio, scriveva che «*nihil est apud interpretes judicesque hac obscuritate celebrius*»⁽⁷⁹⁾.

Cominciamo dal primo discorso, e partiamo dalla stima di quel danno che consiste nella sottrazione, danneggiamento, mancata consegna di una cosa.

Le opinioni affermatesi hanno finito per basare tale stima sui valori correnti alla domanda giudiziale e soprattutto alla decisione. Un ruolo rilevante è stato giocato al riguardo dal principio *in illi-*

(77) G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interesse*, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2112; id., *Evitabilità del maggior danno ex art. 1227, 2° comma c.c. e rimpiazzo della prestazione non adempiuta*, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2820; id., *Ancora sul maggior danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie: interessi di mercato o rivalutazione monetaria*, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1540.

(78) G. VALCAVI, *Rivalutazione monetaria o interessi di mercato?*, in *Foro it.*, 1980, I, c. 118; id., *La stima del danno nel tempo con riguardo alla inflazione alla variazione dei prezzi e all'interesse monetario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1981, II, pp. 332 ss.

(79) HUBERIUS, *Praelectiones iuris civilis*, Lipsia, 1707, *Tit. de condict. tritic.* 3, in TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 242, nota 2.

quidis non fit mora largamente dominante anche da noi sino a non molto tempo fa.

Esso non ha consentito di distinguere il danno da inadempienza (o da illecito) da quello derivante piuttosto dal ritardo nel prestare l'equivalente e così di ipotizzare un diverso e distinto risarcimento per l'uno e l'altro danno. Ciò ha condotto a fare di essi un tutt'uno. Codesto *modo* di intendere l'indennizzo è rudimentale e va escluso tanto più ora che il principio *in illiquidis non fit mora* è completamente abbandonato⁽⁸⁰⁾.

Sotto questa luce vanno lette le opinioni di quei giuristi stranieri che reputano il danno unico dal suo prodursi alla sua liquidazione e rimasto identico malgrado la variazione del valore.

Invero non pare possa distinguersi tra danno e valore, dato che il danno è essenzialmente un valore economico⁽⁸¹⁾, sicché un suo mutamento ne modifica la sua ampiezza e la sua medesima esistenza. Così, nel caso ad es. di azioni industriali, un sopravvenuto rialzo del loro valore sarà ipotizzabile solo come un lucro cessante, mentre una perdita di valore delle stesse, perché ad es. la società fallisce, farà sì che il danno non possa dirsi immutato nel periodo di tempo. Codeste proposizioni appaiono tuttavia inaccettabili. Occorre perciò qui sottolineare che altro è il danno direttamente dipendente da illecito o da inadempienza (dolosa o colposa), e altro è quello causato dal ritardo con cui l'equivalente viene prestato (per lo più colposo), altre sono le regole e i contenuti dei rispettivi risarcimenti.

Quanto al ritardo assume rilievo l'ordinario indennizzo moratorio delle obbligazioni pecuniarie che si applica certamente anche ai crediti illiquidi per l'abbandono del principio di cui si è detto. Non può convenirsi con l'altra opinione, secondo cui il creditore avrebbe diritto al valore alla decisione od alla maggiore quotazione intermedia, poiché ha diritto in ogni tempo alla cosa. Invero la logica che presiede al risarcimento del danno è diversa da quella che concerne la prestazione della cosa dovuta e cioè il suo adempimento specifico⁽⁸²⁾. Quest'ultima è dovuta per le sue specifiche utilità qua-

(80) H. e L. MAZEAUD, *op. cit.*, nn. 2420-11, 2420-15, 2421, 2423.

(81) H. e L. MAZEAUD, *op. cit.*, n. 2389.

(82) Su tale argomento si basano le opinioni dei sostenitori della stima alla decisione o al *quanti plurimi*. Tuttavia per un cenno critico: G. TEDESCHI, in *Riv. dir. comm.*, cit., p. 243.

le che sia il suo valore di scambio, al rialzo o al ribasso, mentre ciò ha molto rilievo nel risarcimento del danno⁽⁸³⁾.

La scelta del creditore tra adempimento specifico e risarcimento del danno, ove possibile, non è perciò una scelta omogenea ed è virtualmente una scelta tra due diversi valori riferiti a due diversi momenti⁽⁸⁴⁾. Opinando diversamente, l'obbligazione risarcitoria finirebbe per ridursi ad obbligazione alternativa rispetto a quella di adempimento e in quanto la prestazione pecuniaria fosse più appetibile di quella in natura equivarrebbe a un *quantum plurimi*.

Tale modo di vedere ha qualche motivazione normativa solo in quegli ordinamenti diversi dal nostro in cui può chiedersi il risarcimento solo dopo che si sia agito infruttuosamente per l'adempimento⁽⁸⁵⁾. Da noi non può accogliersi, perciò, la proposta di quegli autori che ritengono di stimare il danno alla decisione nel caso in cui il danneggiato abbia dapprima agito per l'adempimento⁽⁸⁶⁾, perché la reintegrazione può essere esclusa dal giudice, ove sia ritenuta eccessivamente onerosa *ex art. 2058, 2° comma, c.c.*, sicché il relativo valore non costituisce parametro certo dell'indennizzo per equivalente.

Non è neppure accettabile l'altra giustificazione secondo la quale il creditore attenderebbe l'indennizzo per poter riparare il danno⁽⁸⁷⁾. Codesta tesi è esclusa dal dovere di cooperazione incombente sul danneggiato di evitare l'aggravamento del danno, codificato dal nostro e da altri ordinamenti e che si estende al rimpiazzo sollecito del bene.

La contraria opinione svislisce il dovere di solidarietà operosa ad un comportamento di mera attesa.

L'adozione dei valori correnti alla decisione non si giustifica, parimenti, con la ragione di fondo di rendere partecipe il creditore del beneficio di un loro rialzo, invece del debitore che altrimenti trarrebbe ingiusto vantaggio⁽⁸⁸⁾.

(83) Codesto elemento differenziale venne già colto dai giuristi romani laddove precisavano che l'adempimento concerneva la *omnis utilitas* della cosa mentre il risarcimento invece il suo valore di scambio (e cioè il *quantum ea res est, erit, fuit*).

(84) G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore*, cit., loc. cit.

(85) Così in Germania §§ 288, 290, 849 BGB.

(86) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 523; L. MENGONI, *op. loc. cit.*

(87) F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, II, §§ 115, 257; G. TEDESCHI, in *Riv. dir. priv.*, cit., p. 263.

(88) Tale argomento si ritrova in TEDESCHI, in *Riv. dir. comm.*, cit., p. 245.

Invero un loro rialzo è puramente virtuale perché essi possono essere piuttosto alla pari o addirittura in ribasso. In quest'ultimo caso, il danneggiato non riceverebbe neppure l'equivalente di quella cosa che gli era dovuta a suo tempo e tanto meno, un indennizzo, anche solo astrattamente forfettario, per il ritardo. E così per renderlo partecipe del rialzo, si finisce per gravarlo dalla incognita di un ribasso sovvertendo la regola del trapasso del rischio dal creditore conseguente alla mora con la *perpetuatio obligationis*.

Ciò è stato avvertito dai giuristi che sono ricorsi al rimedio del *quantum plurimi*.

Non può tuttavia concordarsi in una tale opinione manifestamente ispirata a una logica premiale per il creditore ed afflittiva per il danneggiante. Essa è comunque inadeguata là dove lascia scoperto in ogni caso il danno per il periodo che va dal momento del supposto disinvestimento alla maggior quotazione sino a quello della concreta prestazione dell'indennizzo.

Il fatto che si finiscano per aggiungere comunque gli interessi a far tempo dall'illecito (o dalla domanda, nella responsabilità contrattuale) equivale a riconoscere loro la funzione di insostituibile saggio di attualizzazione temporale anche dei crediti illiquidi, invece che alla posteriore variazione dei valori così che il suo risultato coincida con quello più aggiornato della cosa sottratta, danneggiata e non prestata.

Resta a vedersi se l'ipotesi che a trarre profitto da un rialzo dei prezzi per il debitore medesimo sia aberrante o abbia qualche motivazione.

A mio avviso, la circostanza che costui non possa avvantaggiarsi da un sopravvenuto ribasso dei prezzi giustifica che non possa essere gravato da un eventuale rialzo. E viceversa non pare che il creditore possa beneficiare del rialzo, dato che non corre più il rischio del loro ribasso.

Ciò rientra nella logica di quel trapasso del rischio sul debitore che è postulato dalla *perpetuatio obligationis*.

Conviene a questo punto allargare il discorso sul significato da attribuire alla *perpetuatio obligationis*. Quest'ultima viene solitamente intesa come la mera cristallizzazione dell'oggetto della prestazione dovuta⁽⁸⁹⁾. In tale modo il trapasso del rischio è vi-

(89) In questo senso viene inteso da QUADRI, *Le clausole monetarie*, Milano, 1981,

sto sotto il limitato profilo della *res debita*, talché questa *numquam perit*.

Tale modo di vedere è peraltro eccessivamente riduttivo.

La *perpetuatio obligationis*, ad avviso di chi scrive, deve essere intesa invece come la cristallizzazione del rischio e cioè del valore economico della prestazione dovuta⁽⁹⁰⁾. La stessa insensibilità del creditore a risentire del perimento della cosa dovuta va ricondotta a questa logica. Il trapasso del rischio deve essere inteso nei due sensi, così che in linea di principio un ribasso dei prezzi non nuocerà al creditore come non può giovargli il rialzo: e alla stessa stregua il debitore non trarrà vantaggio da un loro ribasso, ma non sarà danneggiato da un rialzo.

Quel che si dice dei prezzi si estende a qualsiasi variazione dei valori in segno positivo o negativo, com'è il caso di un'azienda che vada incontro a rilevanti perdite, così da ridurre o azzerare il capitale, o viceversa attraversi un periodo di prosperità.

Il calcolo delle successive perdite o profitti non può influenzare la stima del *badwill* o del *goodwill*, cioè del danno, né a carico né a favore del creditore⁽⁹¹⁾, né può accogliersi *a fortiori* quell'opinione che vorrebbe fermare la stima al momento del perimento⁽⁹²⁾.

Alla luce di queste riflessioni non pare che il debitore consegua ingiusto vantaggio col non essere gravato da un posteriore rialzo dei prezzi, così da attribuirlo al creditore, che per contro non corre più il rischio del loro ribasso. L'opposto modo di intendere finisce per non liberarsi dalle secche del *quanti plurimi* che è concezione tipicamente penale e come tale da rifiutare.

10. – A un esame più penetrante le opinioni dominanti nei vari tempi ed ancora oggi, e di cui si è sopra detto, hanno in comune tra loro, a mio avviso, l'errore di fondo di privilegiare l'*aestimatio rei* all'*id*

pp. 146 ss.; FAVARA, in *Foro it.*, 1954, I, c. 742. Per un cenno più generale, M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979, pp. 4 ss.

(90) Così anche: F. CARNELUTTI, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, pp. 47, 50; G. VALCAVI, *Il corso di cambio e il danno da mora*, cit., in *Riv. Dir. Civ.*, 1935, II, p. 258; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1967, III, p. 138; PESTALOZZA, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, c. 364.

(91) Per cenni al riguardo, L. GUATRI, *La valutazione delle aziende*, Milano, 1984.

(92) MENGONI, *op. loc. cit.*; T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 521, nota I, e p. 525.

quod interest, in cui riposa invece da sempre, per comune opinione, l'essenza del danno e il suo corretto risarcimento. Occorre qui ricordare che l'*id quod interest* è la differenza in termini monetari risultante dal raffronto tra la situazione patrimoniale in cui il danneggiato si sarebbe trovato, secondo il normale corso degli eventi, se non avesse subito il torto e quella in cui invece si trova per effetto dello stesso⁽⁹³⁾.

L'*aestimatio rei*, per contro, si traduce nel prezzo, che è poi il valore istantaneo di quel bene in quel momento, dato che, come diceva Seneca, *pretium enim pro-tempore est*.

Non si può escludere in teoria che talvolta il risarcimento calcolato in base all'interesse venga a corrispondere col valore oggettivo di una data cosa: ciò però accade, se mai, per corrispondenza occasionale e non per coincidenza di criteri⁽⁹⁴⁾.

È stato al riguardo scritto a proposito delle formule romane, che, mentre nel *quanti ea res est*, era assai più probabile l'occasionale convergenza dei due criteri, l'interesse e la vera *rei aestimatio* tendevano ad assumere in prosiegua di tempo, una posizione tra loro antitetica.

Quanto siano discordanti tra loro i risultati dell'impiego dell'uno o dell'altro criterio, anche a volere assumere a riferimento il medesimo prezzo dello stesso tempo, è presto detto. Si prenda ad es. il prezzo al *tempus rei judicandae*, supponendolo in rialzo rispetto a quello dell'inadempienza.

Il metodo dell'*aestimatio rei* condurrà a calcolare l'indennizzo sulla base di tale prezzo.

Nel caso invece che si impieghi il criterio mirato all'*id quod interest*, si ipotizzerà la prestazione di quel bene al tempo debito, si supporrà la successiva conservazione dell'investimento di quel bene sino al momento della decisione (cosa che dovrà essere dimostrata dal danneggiato) e infine da quel guadagno lordo si dovranno detrarre le spese di conservazione e gli oneri finanziari che avrebbero

(93) La *differenztheorie* è comunemente accolta nei vari ordinamenti compresi quelli anglosassoni; v. E. BETTI, *Id quod interest*, nel *Noviss. Digesto it.*, VIII, s.d., ma Torino, 1975, p. 133; A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., pp. 49 ss. In tal senso il lucro cessante è definito dal § 252, 2° comma, del BGB germanico.

(94) G. PUGLIESE, in *Foro it.*, 1955, I, c. 578 ss.

inciso *medio tempore* su quell'investimento ⁽⁹⁵⁾. Un'eventuale plusvalenza, al netto dei costi, come si è detto, rileverà solo come lucro cessante da *gain-capital*, frutto di un investimento, ipotizzato con quella certa durata (il tutto da dimostrare) e non come danno emergente passato, stimato secondo i valori attuali alla decisione.

Tale aspetto è stato colto dal Mengoni là dove, con riguardo alla proposta di indennizzare la distruzione o la perdita di una cosa da illecito, sulla base del prezzo alla decisione, ha escluso che si possa ulteriormente calcolare il lucro cessante, in quanto lo stesso «è già conglobato» nel prezzo attuale ⁽⁹⁶⁾.

Un investimento in atto da epoca anteriore alla decisione è postulato da quanti ipotizzano, nel caso di ribasso, un disinvestimento a un maggior prezzo anteriore (sia presunto come *quanti pluri mi*, sia provato). Esso spazia per tutto l'arco temporale in cui può aversi, in teoria, codesta maggiore quotazione, cioè dall'inadempienza alla decisione. Anche quivi si coglierà l'erroneità dell'*aestimatio rei*, là dove questa ipotizza il valore della cosa al momento di un ipotetico adempimento ritardato alla decisione, invece che come il prezzo del disinvestimento di un bene acquistato sin dal momento in cui l'adempimento era atteso e successivamente conservato fino a quando si ipotizza di disporne.

Viene con ciò omessa la comparazione tra la situazione presente e quella frutto di ideale ricostruzione, secondo l'ordine naturale delle cose, se non fosse intervenuto il torto.

Un'eventuale plusvalenza sopravvenuta non viene così colta nella sua intima essenza di ipotetico lucro cessante e viene piuttosto male intesa come nuovo e più aggiornato valore del danno emergente. Acquista fondamentale importanza l'esame dei «costi-benefici» di codesto investimento e del suo realizzo.

L'analisi della situazione in cui il danneggiato si sarebbe trovato mette in rilievo che ciò sarebbe avvenuto: a) *con certi costi* (oneri finanziari relativi alla controprestazione dovuta, spese per la conservazione, la manutenzione e così via); b) *con certi benefici* (aumento del valore di scambio, frutti della cosa, al netto dei costi di

(95) Alla depurazione dei costi posero attenzione i canonisti e tra questi G.B. DE LUCA, *op. loc. cit.*

(96) L. MENGONI, *op. loc. cit.*

produzione); c) *con un certo rischio che si sia voluto e si voglia correre* (come quello posto dalla variabilità dei prezzi). Quest'ultimo elemento merita un particolare cenno ⁽⁹⁷⁾.

Nel rischio a fronte dell'eventualità di guadagnare c'è quella di perdere, che ne costituisce il corrispettivo. In ciò si concreta la logica di quell'agire a proprio rischio, in cui si concreta l'autoresponsabilità e su cui si basa la imputabilità. A cose fatte, come nel caso di prezzi già quotati, manca l'incertezza che è essenziale al rischio.

Sotto questo profilo il criterio dell'*aestimatio rei* si manifesta massimamente erroneo, perché esso finisce per calcolare il valore odierno del supposto investimento in quel bene, senza tuttavia detrarre i costi che sarebbero stati sopportati *medio tempore* a suo motivo e senza tenere conto alcuno del rischio.

Tale calcolo al lordo e non al netto dei costi trasmoda in un lucro a favore del danneggiato e in una pena a carico del debitore. Lo stesso è a dirsi per chi attribuisca il beneficio del rialzo dei prezzi, sia pure al netto dei costi, a colui che agisca per la risoluzione del contratto che così rifiuta in tal modo di correre l'ulteriore rischio. Tutto ciò venne correttamente colto dagli antichi canonisti, sotto la preoccupazione di non indulgere alle usure, dal Pothier e dai legislatori successivi, che come il nostro art. 2056, 2° comma, c.c., prescrivono moderazione nella liquidazione del lucro cessante a differenza del danno emergente.

11. – Possiamo ora a vedere che senso abbia, nel quadro sopra indicato, la stima del danno con riguardo a un momento diverso e posteriore al suo verificarsi, ossia a quello della decisione o dell'indennizzo o della domanda.

L'adozione di un qualsiasi momento fra essi, equivale a codificare che quell'investimento in quel bene sarebbe *a priori* durato rispettivamente sino alla decisione o all'indennizzo o alla domanda ed il disinvestimento e il relativo risultato si sarebbero verificati secondo i valori e i prezzi correnti nel momento voluto. Non dipende cioè più dalla prova del danneggiato o dalla ricostruzione ideale della situazione ipotetica da comparare con quella verificatasi la de-

(97) Il lucro cessante è stato correttamente individuato nella differenza tra ricavi e costi da Cass. civ., 28 ottobre 1975, n. 3619, in *Rep. Giust. civ.*, 1975, p. 734, n. 115.

terminazione del danno, del suo tempo e del suo valore, ma questi sono risolti secondo lo schema astratto voluto e *a priori* imposto a tutti, danneggiato compreso.

È piuttosto evidente che un'eventuale plusvalenza da rialzo dei valori dei prezzi, correnti al momento prescelto, non possa essere attribuita al danneggiato, se non come lucro cessante di quell'investimento, che viene supposto sino a quel momento.

Si prescinde tuttavia, e in modo incomprensibile, dall'esame dei suoi «costi-benefici» così che il mancato guadagno è calcolato al lordo dei costi.

Tuttavia i valori e i prezzi possono essere in ribasso o alla pari al momento della decisione (dell'indennizzo o della domanda) rispetto a quello in cui la cosa doveva essere prestata. Non pare dubbio che vada ugualmente compiuto l'esame dei «costi-benefici» dell'investimento *a priori* supposto, con quella durata, col risultato di aggravare il calcolo.

Dallo schema risulta assolutamente trascurato qualsiasi riguardo al «rischio», e quel che è peggio risulta contraddetta la regola della *perpetuatio obligationis*.

E poiché però è prevedibile che il danneggiato adduca che non avrebbe tenuto in essere quell'investimento, con quella durata e quel risultato, si finisce inevitabilmente per cadere nelle suggestioni della logica penale del *quantum plurimi*.

O, il che è lo stesso, con il concedere al danneggiato di provare, col senno del poi, che avrebbe tenuto in essere l'investimento per quel poco o tanto da chiuderlo in guadagno o addirittura col maggior guadagno. Né si fa caso che egli dovrebbe comunque dare la dimostrazione del calcolo dei «costi-benefici», per cui alla fine lo si dispensa anche dalla prova del medesimo guadagno netto.

La regola del trapasso del rischio finisce così per essere intesa in modo *claudicante*, come il trapasso dell'eventualità di perdere e il permanere di quella di guadagnare. Non è mestieri dire come ciò contrasti, prima di tutto, con la norma di cui al nostro art. 1223 c.c. e poi con quelle processuali sull'onere della prova e sulla corrispondenza del chiesto e pronunciato, giustamente messe in rilievo dai giuristi spagnoli.

È appena il caso di osservare che lo schema implicito nella scelta del tempo della stima si risolve anche in una presunzione *a priori* che

quel danno era prevedibile e non evitabile. È cioè presunto dall'opinione criticata che il debitore potesse prevedere il comportamento economico del creditore e cioè che egli avrebbe conservato quell'investimento, per quella durata, e avrebbe fatto luogo al disinvestimento al livello dei prezzi desiderati. E poiché anche questo dovrebbe essere prevedibile, ci si dispensa da una dimostrazione al riguardo, sin dai tempi del Pothier, mediante l'assioma che ciascuno può prevedere che i prezzi variano in astratto e che non occorre la previsione sulla quantità di danno⁽⁹⁸⁾. E ciò rappresenta una forzatura concettuale piuttosto evidente. A mio avviso, invece, con questo modo di vedere e questi discorsi, si finisce per codificare la disapplicazione della regola per la quale il danno deve essere prevedibile.

Lo stesso è a dirsi per l'altro requisito che l'aggravamento del danno non avrebbe potuto essere evitato (art. 1227, 2° comma, c.c.). Il fatto che lo schema di cui si è detto sopra, adottato, ai fini della stima, i valori correnti alla decisione (o all'indennizzo, o alla domanda), equivale anche a riconoscere che quel danno, di quell'ampiezza, non poteva essere evitato. In tale modo, il dovere di cooperazione del creditore non può che ridursi ad un comportamento di mera attesa ed essere inteso in modo da svuotare di contenuto il precepto, *ex art. 1227, 2° comma, c.c.*

L'opinione criticata finisce poi per aggiungere ai suoi calcoli anche gli interessi che definisce compensativi. Non è dato comprenderne la ragione. In linea di principio essi accedono a un credito pecuniario liquido. Codesto requisito della liquidità manifestamente non ricorre nell'obbligazione del risarcimento del danno che, se anche pecuniaria – come fermamente opinò –, è tuttavia illiquida.

Non si coglie tuttavia la coerenza dell'opinione dominante che addirittura, contro l'evidenza, nega il carattere pecuniario dell'obbligazione, per poi aggiungere codesti interessi monetari.

La definizione del loro carattere compensativo costituisce, sotto questo profilo, un riconoscimento in più, in tesi di principio, della funzione di saggio di attualizzazione dei valori nel tempo, riservata all'interesse monetario.

(98) La prevedibilità concerne il complessivo comportamento economico ed il relativo presumibile risultato che postula anche una valutazione se la variazione dei prezzi non sia anomala.

Non si vede però a questo punto quale senso abbia l'adozione dei maggiori valori e prezzi in corso successivamente per attualizzare il danno alla decisione, all'indennizzo o alla domanda ed aggiungervi gli interessi compensativi, così duplicando l'attualizzazione medesima. In tal senso maggiore coerenza era dimostrata nel diritto romano, e oggidì, da coloro che non aggiungono gli interessi monetari. Si è sopra parlato indifferentemente di valori e prezzi, mettendo tuttavia l'accento su questi ultimi. È opportuno dire che analoghe considerazioni possono ripetersi, tali e quali, anche per la variazione dei valori intrinseci dei beni.

12. – Sembra ora il caso di aggiungere che nessuno dei vari momenti proposti (decisione, indennizzo, domanda) pare avere in sé una reale giustificazione.

In realtà per chi si sforzi di far coincidere il valore del danno con quello dell'indennizzo, facendo leva sui prezzi più prossimi a quest'ultimo, una maggiore giustificazione sarebbe da riconoscere, come fa la dottrina e giurisprudenza germanica, al momento in cui il risarcimento è concretamente prestato.

Esse ammettono che il creditore possa pretendere in un successivo giudizio la differenza originata dal rialzo dei prezzi dopo l'ultimo dibattimento orale di secondo grado e il debitore possa eccepire a propria volta un sopravvenuto ribasso mediante la controquerela esecutiva⁽⁹⁹⁾.

Non pare, per quel che si è detto sopra, che si possa condividere una tale scelta se non ammettendo un'eterna *querelle* che finisce per mettere in discussione la medesima autorità della cosa giudicata. A maggior ragione non si riesce a cogliere quale giustificazione abbiano momenti così lontani sia dall'indennizzo sia dal verificarsi del danno, quali quelli della domanda e della decisione. Essi non paiono armonizzarsi neppure con le regole del processo cui ineriscono.

Cominciamo dalla domanda.

È il criterio che venne usato, come s'è visto, nel diritto romano classico e comune, mediante il ricorso al *quanti ea res est*, e viene usato ancora oggi nel diritto spagnolo e da taluni nostri giuristi, a proposito del danno da risoluzione contrattuale. Esso viene moti-

(99) PALANDT, *op. loc. cit.*; GRUNSKY, *op. loc. cit.*

vato col rilievo che il momento della domanda è generalmente ritenuto determinante in ogni procedimento giurisdizionale e in specie l'inadempimento può dirsi veramente definitivo solo dopo la proposizione della domanda di risoluzione che preclude l'adempimento ulteriore⁽¹⁰⁰⁾.

Questo criterio è piuttosto arbitrario perché il creditore, con lo scegliere il tempo in cui avanza la domanda giudiziale, finisce anche per scegliere il valore della cosa su cui si basa la stima. Esso va incontro a tutte le obiezioni di principio sia pure relativamente all'intervallo tra verificarsi del danno e domanda. Nel caso che la domanda sia proposta quando lo sviluppo del danno è ancora in corso, codesto riferimento è addirittura intempestivo. Esso lascia scoperto comunque l'indennizzo per il periodo che va dalla domanda alla prestazione del risarcimento.

Il ricorso quivi all'espedito di calcolare gli interessi compensativi è sintomatico della fragilità delle basi su cui si fonda in quanto ciò presuppone il riconoscimento, al credito, del carattere pecuniario, e, all'interesse, della sua funzione di attualizzazione dei valori.

Passiamo ora all'esame dell'opinione che assume il momento della decisione (*tempus rei judicandae, quanti ea res erit*).

In genere questa scelta viene giustificata coi rilievi che essa trasformerebbe il credito in pecuniario ed avrebbe carattere attributivo e non dichiarativo (Savatier, Lalou, Mazeaud, ecc.).

Codeste proposizioni non appaiono fondate, perché il credito all'equivalente è, per definizione, pecuniario all'origine, anche se illiquido, e non lo diventa per via della decisione, alla quale non è da riconoscere comunque carattere costitutivo⁽¹⁰¹⁾.

La decisione viene generalmente identificata con quella di secondo grado.

Codesta scelta pecca quivi per difetto perché si tratta di sentenza di secondo grado e perciò non definitiva. Esso però pecca anche per eccesso perché il giudice non può acquisire d'ufficio notizia dei

(100) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 526; L. MENGONI, *op. loc. cit.*

(101) Sul carattere dichiarativo della sentenza di condanna, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, Napoli, 1923, p. 174; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, p. 149. Il carattere dichiarativo è riconosciuto anche da H. e L. MAZEAUD, *op. cit.*, n. 2261, che tuttavia ravvisa un elemento attributivo nella efficacia esecutiva.

valori correnti al momento in cui emette la decisione e tantomeno dei costi-benefici, e della durata dell'investimento. La prova gli deve essere fornita dalle parti.

A questo punto il tempo della decisione finisce per identificarsi col momento ultimo, in cui, in teoria, le parti possono offrire la prova. Molto opportunamente la dottrina germanica fissa sul piano processuale tale momento in quello dell'ultimo dibattimento orale avanti il giudice dei fatti e non alla decisione. Esso corrisponderebbe, nel nostro sistema, all'udienza di precisazione delle conclusioni del processo d'appello *ex art. 352 c.p.c.*; ma non si riesce a cogliere quale giustificazione possa avere un'udienza processuale del genere per ancorarvi la stima del danno.

Ove anche le prove fossero dedotte in tale udienza, esse saranno sicuramente ammesse ed escusse solo successivamente.

È da escludere, nel nostro processo, che si possano avere «in tempo reale» il corso dei valori, la loro acquisizione istruttoria e la liquidazione del danno. Ne deriva perciò la mancanza di coincidenza dei predetti momenti, per cui slittando in avanti l'assunzione istruttoria e ancor più la decisione, i valori non possono essere certamente valori attuali, ma del passato, e nessuno fra essi è più significativo di quello del verificarsi del fatto.

Ciò è particolarmente evidente nei casi frequenti in cui la liquidazione presuppone lo svolgimento di perizie. La rincorsa dei valori e dei prezzi, sempre più aggiornati, postulerebbe la perenne necessità di sempre nuove perizie, di sempre nuove prove, circa i nuovi valori e così di una permanente attività istruttoria.

È appena il caso di rilevare che, nel nostro ordinamento, l'ammissione di prove nuove in fase di appello non costituisce la norma, ma piuttosto l'eccezione e sicuramente concerne fatti e valori anteriori e fuori del processo.

Il riferimento della stima ai prezzi e valori ultimi e più aggiornati, finisce così per sovvertire tutte le regole processuali conosciute e per rendere del tutto inutile l'istituto del giuramento estimatorio, che diverrebbe inconciliabile con la ricerca di nuovi valori⁽¹⁰²⁾.

Più in generale si deve però dire che non pare giustificino coor-

(102) Sulla compatibilità di nuove prove col giuramento estimatorio: C. LESSONA, *Teoria delle prove*, Firenze, 1985, pp. 451, 555.

dinare all'esercizio della tutela dei propri diritti e alla durata del processo, che appartiene alla sfera della pubblica attività, conseguenze penalizzanti per la parte, anche se limitate al rialzo dei prezzi. Altro è il caso in cui il danneggiante resista in mala fede che è l'ipotesi contemplata dall'art. 96 c.p.c. In questo caso il giudice potrà, ove lo riterrà, condannare il danneggiante che resiste in mala fede a liquidare anche lo scarto coi maggiori prezzi e valori correnti al termine del processo. Si tratterà di pena inflitta in ipotesi specifica. È quanto escluderla d'ordinario, non potendo procedersi a generalizzazioni inaccettabili.

13. – La stima ai prezzi e al corso di cambio della decisione, e *a fortiori* al pagamento, non è poi accoglibile nel risarcimento del danno in moneta straniera, come già sostenni in uno scritto apparso in questa *Rivista*. Essa disapplica l'art. 1278 c.c. e fa correre al danneggiato il duplice rischio del ribasso dei prezzi e del corso di cambio, in contrasto con la *perpetuatio obligationis* ⁽¹⁰³⁾.

Non si può neppure ricorrere al meccanismo artificioso di convertire la moneta straniera in lire, per poi rivalutarle ⁽¹⁰⁴⁾, perché lo straniero non può detenere e spendere lire di conto interno, sicché gli indici interni non lo riguardano. Anche qui la distinzione tra indennizzo del danno di base, secondo la stima ed il cambio al suo verificarsi, e di quello moratorio, in termini di interessi e di eventuale differenza di cambio, è l'unico consentito.

14. – Parimenti erronea è la capitalizzazione del danno permanente alla persona sulla base del reddito (salario, stipendio, ecc.) corrente alla decisione ⁽¹⁰⁵⁾. Tale criterio non è accettabile.

Non sembra giustificato infatti calcolare l'invalidità temporanea ad es. sul salario in essere all'evento lesivo, e quella permanente invece su quello alla decisione.

Il salario o reddito alla decisione è influenzato dalle più diverse

(103) Cfr. G. VALCAVI, *Il corso di cambio*, cit., pp. 256 ss., 263 ss., 266.

(104) In senso contrario, G. CAMPEIS-A. DE PAULI, *La r.c. dello straniero*, Milano, 1982, pp. 392 ss., 406 ss., 416 ss., e giurisprudenza cit. a p. 421. Nel segno del *quantum plurimum*, Cass. civ., 16 maggio 1981, n. 3239, in *Foro it.*, 1982, I, c. 779.

(105) Tra le molte, Cass. civ., 11 agosto 1983, n. 5351, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, n. 1894.

contingenze sopravvenute di ordine generale che concernano le condizioni della domanda e offerta sul mercato del lavoro, in quel momento. Esso è influenzato in ispecie, a maggior ragione, da quelle personali del soggetto di cui si tratta.

È notorio che nel succedersi del tempo alcune categorie aumentano e altre diminuiscono la loro capacità di reddito, in dipendenza dei più diversi fattori legati all'organizzazione del lavoro, alle relazioni sindacali, al processo tecnologico e alla crescita o al recesso produttivo in genere.

Anche a fronte dell'inflazione talune categorie sono regredite, altre sono avanzate, sicché a torto è stato ritenuto che il calcolo sulla base del salario alla decisione sia equivalente a quello dell'epoca del fatto lesivo, successivamente rivalutato.

A maggior ragione non pare significativo il salario della persona offesa al momento della decisione che potrebbe essere anche disoccupato, pensionato e così via. In ogni caso esso dovrebbe scontare la diminuita capacità di reddito sulla base della minore capacità di lavoro di quel momento, onde non appare utilizzabile ai fini desiderati.

Il reddito, ove non apparisse diminuito, sarebbe una base parametrica inadeguata della perdita permanente di guadagno. Di solito poi si effettua il calcolo sulla base del salario alla decisione, mentre per la vita residua ci si riferisce al momento dell'evento lesivo⁽¹⁰⁶⁾. Il risultato equivale a quello che si otterrebbe supponendo che il danneggiato, al momento dell'evento lesivo, fruisse del più alto reddito che avrà invece a notevole distanza, alla decisione.

Il calcolo coerente dovrebbe basarsi su dati omogenei, come il salario e la vita residua riferite parimenti all'evento lesivo o alla decisione.

È corrente opinione che, ove l'infortunato sia morto per causa indipendente prima della decisione, debba aversi riguardo al salario corrente alla morte⁽¹⁰⁷⁾. Ciò contraddice la tesi di principio.

Da quanto si è qui detto, si rileverà che il salario alla decisione,

(106) Cass. civ., 11 gennaio 1969, in *Mass. Giust. civ.*, 1969, n. 29; F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, p. 394, nota 165 s., che pure critica l'incoerenza della giurisprudenza.

(107) Cass. civ., 7 luglio 1979, n. 3900, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, n. 1715, tra le molte.

per avere rilievo, postula che il danneggiato non sia morto, né sia divenuto nel frattempo disoccupato, pensionato, ulteriormente invalido, non appartenga a categorie che siano scese nella scala retributiva e così via.

Insomma trattasi di un criterio che finisce per essere eccessivamente ipotetico. Appare perciò assai più plausibile e razionale il riferimento al reddito (salario, stipendio, ecc.) ed alla vita residua, in corso al momento del verificarsi del danno⁽¹⁰⁸⁾.

15. – Passiamo ora all'altro criterio che va sotto il nome di «credito di valore» e che, per la verità, domina solo da noi. Esso si riduce, come si è detto, nello stimare il danno al suo verificarsi e nell'aggiustare successivamente il metro monetario alla decisione, in senso positivo o negativo, a seconda si abbia inflazione o deflazione⁽¹⁰⁹⁾.

La scelta di codesto momento ripropone il problema, già visto, se sia giustificato o meno riferirsi a una decisione non definitiva, invece che al giudicato o all'indennizzo.

La costruzione teorica si concreta nel supporre un valore astratto e fisso dei beni (cioè non monetario) al quale corrisponda una quantità di moneta (cioè un valore monetario) mutevole in funzione del suo potere d'acquisto e così un'*aestimatio* distinta dalla *taxatio*⁽¹¹⁰⁾. Codesto modo di vedere, per quanto già scrissi altrove⁽¹¹¹⁾, non è fondato. Il valore intrinseco dei beni è in verità mutevole, anche indipendentemente dal corso della moneta.

Tale è il caso, sopra considerato, delle azioni industriali che si sviliscano a seguito di sopraggiunte perdite aziendali o di una cosa, anche se non usata, che va incontro a un deprezzamento economico, col mero trascorrere inesorabile del tempo, a causa della nostra preferenza per le cose nuove rispetto alle vecchie.

Il valore estrinseco varia inevitabilmente col variare di quello del bene assunto a parametro.

(108) In questo senso da ultimo Cass. civ., 9 agosto 1982, n. 2192, in *Arch. Giur. circ.*, 1983, p. 76.

(109) T. ASCARELLI, *op. cit.*, pp. 441 ss., 508 ss.

(110) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 457.

(111) G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore*, cit., c. 2112; id., *Ancora sul maggior danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., c. 1540 ss.

Il bene a cui è da riconoscere valore immutabile nel tempo è, per definizione, la moneta, a causa del principio nominalistico, che la rende sempre eguale a se stessa, e perciò – come scrisse Savigny⁽¹¹²⁾ – è l'unico valore veramente astratto.

Essa, per le illimitate opzioni che l'accompagnano, per l'assenza di costi di conservazione, per il reddito temporale, facile a calcolarsi, per la preferenza generale di liquidità, è il metro di misura universale del valore di tutti i beni, cioè il comune strumento di conto⁽¹¹³⁾. Sotto questo profilo, può concludersi che nell'economia moderna, ogni valore è essenzialmente monetario.

Non si può concordare con l'opinione criticata, la quale pone invece a fondamento del valore, il prezzo della moneta in termine di merci e cioè il suo potere di acquisto.

È un'astrazione metafisica l'ipotizzare un potere di acquisto fisso ed immutabile nel tempo, dato che i prezzi relativi delle merci variano anche tra loro e così l'ipotizzare una moneta dallo stabile potere d'acquisto.

Non è neppure immaginabile un unico prezzo relativo alla moneta, ma tanti prezzi, quante sono le merci, che è poi quello monetario dei beni, visto alla rovescia.

L'esame comparativo dei poteri di acquisto in tempi diversi, si riduce – a ben vedere – a quello dei vari prezzi di «rimpiazzo a nuovo» delle merci, nei tempi considerati e cioè «a valori istantanei», che non tengono conto dei costi di conservazione, dei diversi rendimenti e così via che un ipotizzabile trasferimento nel tempo delle merci medesime deve supporre.

Devesi qui ricordare l'opinione espressa da un grande economista dell'800, come il Marshall, che «misurare il potere d'acquisto della moneta è non solo inattuabile, ma impensabile»⁽¹¹⁴⁾.

Il vero «serbatoio del potere d'acquisto» – come bene ha scritto L. Einaudi⁽¹¹⁵⁾ – è costituito dalla moneta medesima.

I più recenti studi sull'importanza e sul ruolo delle scorte e dei saldi monetari, hanno messo in rilievo come, lungi dall'ipotizzare

(112) F.C. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, Torino, 1912, I, § 40, p. 377; § 41, p. 395.

(113) J.M. KEYNES, *Opere*, Torino, 1978, p. 389.

(114) MARSHALL, *Opere*, Torino, 1972, pp. 136, 137, 227, 356-9.

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

una fuga dalla moneta, questa conserva la sua funzione di «serbatoio dei valori» anche in epoca inflazionistica ⁽¹¹⁶⁾. Ciò è stato dimostrato all'evidenza in epoca a noi vicina, dalla «nuova inflazione» (stagflazione, slumpflazione) caratterizzata da una elevata liquidità del sistema e dalla caduta della domanda e da un irregolare andamento dei prezzi dei titoli e delle merci ⁽¹¹⁷⁾.

La teorica del «credito di valore» è in ogni caso inapplicabile a un danneggiato estero-residente che, a causa dei divieti valutari, non può neppure spendere sovente nel paese, sicché il riferimento al potere di acquisto interno si tradurrebbe in una evidente forzatura ⁽¹¹⁸⁾.

Il criterio è assolutamente inadeguato anche rispetto a un danneggiato residente all'interno.

È notorio infatti che gli indici sono molteplici e divergono tra loro, con riguardo alle stesse merci, com'è dei prezzi industriali, del commercio all'ingrosso, al minuto, e così via. I sostenitori della concezione valoristica identificano arbitrariamente il potere d'acquisto astratto nell'indice dei prezzi al minuto del ristretto paniere di merci, destinato al consumo di una famiglia tipo operaio-impiegatizia ⁽¹¹⁹⁾.

Una generalizzazione del genere, già inaccoglibile a lume di logica, è da negarsi ora anche alla luce di Cass., 5 aprile 1986, n. 2368, che, se pur con riguardo al maggior danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie, ha escluso possa presumersi un siffatto investimento e la conseguente perdita di potere d'acquisto da parte di chiunque (e così un operatore economico, un comune risparmiatore, un creditore occasionale) ⁽¹²⁰⁾.

La circostanza che essa correttamente abbia relegato la rivalutazione monetaria, di cui si è detto, all'ipotesi marginale del modesto

(116) DON PATINKIN, *Moneta, interessi e prezzi*, Padova, 1977, pp. 17, 26-30, 45 ss., 128, 222 ss., 253 ss., 407 ss.

(117) RUOZI, *Inflazione, risparmio ed aziende di credito*, Milano, 1973, pp. 538 ss. Nel senso che l'inflazione non è equiproporzionale; TREVITHICK, *Inflazione*, Milano, 1979, pp. 17-23.

(118) G. VALCAVI, *Se il credito del lavoratore estero-residente sia rivalutabile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, II, p. 504; id., *Il corso di cambio e il danno da mora*, cit., loc. cit.

(119) Cass. civ., sez. un., 23 novembre 1985, n. 5815, in *Rep. Giust. civ.*, 1985, n. 186, p. 749.

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

consumatore, (operaio, pensionato, ecc.) porta ad escludere *a fortiori*, come già dissi altrove, che possa costruirsi in funzione di essa addirittura una categoria astratta e generale di crediti, come quelli di valore.

L'estensione della rivalutazione automatica al credito di risarcimento del danno (come più in genere ad ogni ipotesi fatta rientrare in tale categoria), appare altresì del tutto incompatibile coi principii sistematici di fondo del nostro ordinamento, cosicché è da rifiutare.

Così essa viola il principio nominalistico che va ritenuto applicabile ai crediti pecuniari illiquidi, non meno che a quelli liquidi⁽¹²¹⁾. Il criterio rivalutativo non tiene alcun conto e disapplica i principii sulla mora e le sue conseguenze.

La rivalutazione infatti si applica automaticamente siavi e non siavi mora del debitore, o addirittura se ad essere in mora sia il creditore. Tale è il caso in cui il debitore abbia effettuato offerta reale di un importo risultato alla fine congruo o di un acconto rifiutato⁽¹²²⁾.

Parimenti il debitore in mora non subirà alcuna conseguenza nel caso che il tasso inflazionistico fosse nullo.

Nel caso poi di un aumento del potere di acquisto della moneta – che è prospettiva con cui si deve far sempre più il conto anche sul piano teorico, ed è già realtà in alcuni paesi⁽¹²³⁾ – il debitore, anche in mora dovrà un indennizzo addirittura inferiore a quello dovuto in origine. Così il danneggiato non recupererà neppure la medesima quantità nominale sottrattagli o quella da lui spesa, per anticipare la riparazione del danno.

Per ovviare a siffatte incongruenze, i sostenitori di tali opinioni ricorrono agli interessi monetari, qualificati da alcuni moratori⁽¹²⁴⁾ e dai più compensativi⁽¹²⁵⁾. Ciò contraddice all'evidenza le premes-

(121) F. PESTALOZZA, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, c. 353 ss.

(122) U. NATOLI-BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, pp. 89 ss.; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione del debitore*, Milano, 1947. La giurisprudenza in tali casi esclude la mora debitoris anche *ex art.* 1227, 2° comma, c.c.

(123) Così attualmente in Germania, da noi l'indice dei prezzi all'ingrosso è da qualche tempo nullo (*Corriere della Sera*, 15 maggio 1986).

(124) T. ASCARELLI, *op. cit.*, n. 179, p. 534; Cass. civ., 26 aprile 1984, n. 2626, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 500.

(125) Così tra le molte, Cass. civ., 13 luglio 1983, n. 4759, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 1677.

se della distinzione tra crediti di valore e crediti di valuta e si risolve nel riconoscere all'interesse monetario la sua insostituibile funzione di saggio di attualizzazione dei valori nel tempo a scapito della medesima rivalutazione.

Infine codesto criterio non è compatibile neppure con gli artt. 1225 e 1227 c.c., a meno di non dare sempre per prevedibile l'evoluzione del tasso inflazionistico e non evitabile il pregiudizio suddetto anche da quel danneggiato che abbia in concreto già riparato il danno con i propri mezzi ⁽¹²⁶⁾.

Il rapido calo dell'inflazione, attualmente in corso, rende sempre più anacronistica la costruzione teorica dei crediti di valore, mentre le prospettive di una deflazione rendono quanto mai possibili le prospettive addirittura di una correzione negativa dell'ammontare risarcitorio a danno del danneggiato.

16. – Tiriamo ora le somme di tutto questo discorso e vediamo di offrire il tipo di soluzione meglio rispondente alla logica giuridica ed ai vari aspetti sostanziali e processuali del nostro tema.

Non pare dubbio che occorra partire dalla fondamentale distinzione tra danno da illecito o da inadempienza (dolosa o colposa) e danno per il ritardo con cui è prestato l'equivalente (per lo più colposo).

Essi sono diversi e – come si disse – richiedono indennizzi diversi. L'esame comparativo della situazione ideale in cui il danneggiato si sarebbe diversamente trovato e quella invece verificatasi, consente infatti di individuare due tipi di danno, con tempi assolutamente diversi tra loro.

Da un lato si ha il danno causato dal torto e la cui dimensione economica è inscindibilmente legata al patrimonio del danneggiato, quale è (e non può essere diversamente) secondo i valori del momento in cui si verifica. Trattasi del *quod interest*, che può ipotizzarsi, nel caso di immediato indennizzo.

Dall'altro, per il caso che questo sia prestato in ritardo, si ha il diverso danno moratorio, che va dal momento in cui l'indennizzo avrebbe dovuto essere prestato a quello in cui è invece prestato in realtà.

(126) Non si riesce a comprendere la ragione per cui le somme spese dal danneggiato sarebbero dei crediti di valore e non di valuta. Così tra le molte: Cass. civ., 6 luglio 1983, n. 4558, in *Rep. Giur. it.*, 1983, c. 931, n. 203.

Codesta distinzione, nel nostro diritto, è codificata dall'art. 1219, 2° comma n. 1, c.c., là dove sancisce che il danneggiante è in mora dall'illecito. È come dire che da quel momento costui deve anche l'indennizzo moratorio.

Il fatto che il danno sia stato considerato come unico ed indistinto, dal suo verificarsi ai vari ed incerti momenti proposti (decisione, indennizzo, domanda), dipende – come s'è detto sopra – dal principio imperante fino quasi ai nostri giorni che in *illiquidis non fit mora*. Questo principio, ritenuto, a suo tempo da una nota sentenza della Cassazione romana⁽¹²⁷⁾ «un fossile della tradizione medioevale» ancora oggi è operante in numerosi paesi⁽¹²⁸⁾. Mentre da noi, anche se superato, continua ad esercitare, sia pure a livello di crittotipo⁽¹²⁹⁾, un'influenza specie per quanto riguarda il nostro tema, a causa della tradizione culturale.

L'adozione dei valori correnti nei temi differenti sopra considerati (col ricorso al *quanti plurimi* in caso di ribasso ed attribuendo un lucro in caso di rialzo) dipende dalla mancata individuazione di codesto interesse del danneggiato, leso dal ritardo, come interesse del tutto diverso da quello leso invece dall'illecito o dall'inadempienza, a suo tempo intervenuti.

A codesto crittotipo è da ricondursi la teoria dei crediti di valore che – si disse – è incompatibile con i principi sulla mora e tuttavia alle cui conseguenze negative vorrebbe porre rimedio, sia pure nella diversa ottica valoristica.

Legato al principio *in illiquidis non fit mora* è ovviamente il problema degli interessi, sia che vengano considerati moratori o compensativi. Coerenti alla premessa da cui partono sono le opinioni di quei giuristi e le decisioni che non calcolano gli interessi per tutto il periodo sino alla decisione⁽¹³⁰⁾.

(127) Cass. Roma, 26 maggio 1903, est. Mortara, in G.C. MESSA, *L'obbligazione degli interessi*, Milano, 1932, p. 234.

(128) Così esso è riconosciuto vigente dalla giurisprudenza spagnola. In tal senso tra le molte Trib. Supremo, 27 aprile 1978, 28 giugno 1978 e 11 dicembre 1978, in ALBALADEJO, *op. cit.*, § 32, p. 179.

(129) Muove riserve U. NATOLI, L. BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, pp. 242 ss.

(130) Così Cass. civ., 12 febbraio 1979, n. 4053, in *Foro it.*, 1979, voce *Interessi*, n. 18, e, *incidenter*; Corte cost., 22 aprile 1980, n. 60, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1249.

Lo stesso non può dirsi da noi per quel coro di opinioni che invece calcolano gli interessi dalla domanda, addirittura talora sul capitale rivalutato, sia che li qualifichino moratori⁽¹³¹⁾ o compensativi, per ovviare all'inadeguatezza dei criteri accolti di stima del danno.

L'abbandono del principio *in illiquidis non fit mora*, è ora generalmente riconosciuto nel nostro diritto, sicché esso non costituisce più un ostacolo teorico per distinguere i due diversi tipi di danno.

In questa cornice generale trattiamo ora, più analiticamente, dei loro diversi momenti di riferimento al fine di commisurarvi il diverso indennizzo. Cominciamo dal tempo del danno di base, che nasce dall'illecito o dalla inadempienza. Il danno, consiste in una perdita o in un mancato guadagno⁽¹³²⁾, è essenzialmente un avvenimento economico negativo e non un semplice accadimento naturale.

Ogni qualvolta ciascuno di noi, un perito, un giudice, con una decisione stima un danno, compie un giudizio che è ad un tempo critico, ma anche storico⁽¹³³⁾, nel senso che a quell'avvenimento dà una dimensione, secondo i valori economici del tempo in cui accade. Le norme processuali che impongono all'attore l'onere della domanda (art. 99 c.p.c.), e quello di dedurre la prova anche del quanto di danno sin dall'atto introduttivo del giudizio (artt. 115 e 163, n. 5, c.p.c.), le preclusioni successive, l'eventuale giuramento estimatorio (art. 241 c.p.c.), la corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 c.p.c.), situano la storicità del danno e della sua dimensione economica, in un tempo anteriore all'inizio del processo e cioè a quello del verificarsi del danno.

Esso corrisponde anche al momento dell'ipotetica situazione favorevole che non si è potuta verificare a causa del torto, cioè all'*id quod interest* a suo tempo leso dallo stesso.

(131) La diversa decorrenza dalla domanda o dall'illecito nei due diversi tipi di danno viene giustificato col diverso momento di inizio della mora e tuttavia incomprensibilmente si nega agli interessi carattere moratorio: Cass. civ., 25 ottobre 1982, n. 558; Cass. civ., 4 dicembre 1982, n. 6643, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, nn. 1921, 2241.

(132) J.C. TOBEÑAS, *Derecho civil espanol comun y foral*, Madrid, 1986, III, p. 243, rileva che a differenza del danno emergente, il lucro cessante «participa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios».

(133) F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 371 ss. Così si hanno anche prove storiche e critiche: F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, cit., I, pp. 681, 685, 711.

Codesto modo di vedere è coerente alla *perpetuatio obligationis* (art. 1221 c.c.), cui si è accennato.

L'impiego combinato dei vari indici ulteriori di individuazione del danno risarcibile, offerti dal diritto sostanziale (artt. 1223, 1225, 1227 c.c.), consente poi di affinare la localizzazione temporale del danno e l'ampiezza della sua dimensione.

Il momento di riferimento potrebbe in teoria essere identificato in quello dell'illecito e della inadempienza⁽¹³⁴⁾ o della mora⁽¹³⁵⁾ o dell'avvenimento economico negativo, cioè del danno emergente e del lucro cessante⁽¹³⁶⁾.

Il tempo della mora, nel nostro diritto, coincide con quello dell'illecito o dell'inadempienza nelle obbligazioni *portables* (art. 1219, 2° comma n. 1 e n. 3, c.c.) ed è assorbito dalla successiva inadempienza in quelle *querables*⁽¹³⁷⁾, sicché esso, sotto questo profilo, non pare avere autonomo rilievo.

L'illecito e l'inadempienza sono più propriamente le cause del danno invece che il danno medesimo. Esse sono «a monte» delle conseguenze economiche in cui si concreta il danno e ciò è di particolare evidenza nel lucro cessante.

Il danno può avere un'evoluzione nel tempo, com'è l'ipotesi di un suo aggravamento successivo che può culminare anche nel perimento della cosa o nella morte della vittima. Non pare dubbio che il momento determinante sia quello del danno, anche nelle sue manifestazioni evolutive⁽¹³⁸⁾ e non della sua causa, il cui processo viene anzi supposto per esaurito. Il momento della condotta colpevole tuttavia rileva come quello dell'antecedente causale diretto ed immediato del danno, sicché esso serve nella seriazione

(134) D. BARBERO, *Sistema di diritto privato*, I, n. 612, p. 709; Cass. civ., 15 maggio 1946, n. 590, in *Mass. Foro it.*, 1946, c. 143; la dottrina e la giurisprudenza francese in H. e L. MAZEAUD, *op. cit.*, n. 2253, note 2, 3, 4, 5.

(135) Per il riferimento alla domanda giudiziaria: DE RUGGIERO-MAORI, *op. cit.*, II, p. 44.

(136) Tra i molti: CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, *cit.*, loc. cit.; G.A. RAFFAELLI, in *Foro pad.*, 1946, I, c. 89; Cass. civ., 14 gennaio 1946, n. 31, in *Foro it.*, 1944-46, I, c. 71; App. Genova, 2 settembre 1946; App. Genova, 9 luglio 1946; App. Bologna, 11 agosto 1945, in *Rep. Giur. it.*, 1944-47, voce *Resp. civ.*, nn. 192, 195, 198.

(137) Così anche U. NATOLI e L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, pp. 224 ss.

(138) È opinione accolta nei vari ordinamenti. Così da noi; Cass. Civ., 22 gennaio 1982, n. 442, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, p. 157, tra le molte.

dei fenomeni ad individuare il momento successivo del danno, risarcibile (art. 1224 c.c.).

In un sistema basato sul principio dell'integrale risarcimento del danno, il discorso dovrebbe finire qui.

Il nostro ordinamento, a differenza di quanto comunemente si afferma⁽¹³⁹⁾, è ispirato tuttavia – come si disse – all'opposto principio dell'indennizzo del danno entro certi limiti (artt. 1225, 1227, 2056, 2° comma, c.c.).

Si ricorda qui che non è risarcibile quella parte di danno che avrebbe potuto essere evitata (art. 1227, 2° comma, c.c.), o nell'inadempienza colposa è risarcibile solo quella parte dello stesso che poteva prevedersi al momento del contratto (art. 1225 c.c.).

Non si concorda – giova ripeterlo – con l'opinione corrente che svisciva la evitabilità ad un comportamento meramente passivo e non di attiva cooperazione, sino al rimpiazzo del bene, in quanto possibile, come deve invece essere.

Non è neppure accettabile che la prevedibilità sia ridotta alle conseguenze naturali e non anche a quelle economiche (cioè all'*an* e non al *quantum*) della condotta colpevole o che essa sia scontata a priori, come quando essa sia dedotta dall'astratta variabilità nei due sensi dei prezzi⁽¹⁴⁰⁾. La prevedibilità deve riguardare la situazione favorevole, che non si è verificata a causa del torto, nel suo complesso, e cioè l'interesse leso in ogni suo aspetto, compresa la sua dimensione economica, e cioè il danno.

Questo discorso è di particolare interesse per il lucro cessante dove a prevenire la risarcibilità dei «sogni di guadagno», l'art. 2056, 2° comma c.c., impone «un equo apprezzamento delle circostanze del caso». Qui vi si dovrà tener conto della prevedibilità del comportamento economico del creditore che avrebbe generato quel guadagno e delle dimensioni di questo.

La conclusione, alla luce di tutti questi rilievi, è che il tempo di riferimento della stima è quello del verificarsi del danno e si ferma dove il suo aggravamento avrebbe potuto essere evitato, e,

(139) Così invece tra le molte, Cass., 19 settembre 1985, n. 4710, in *Rep. Giust. civ.*, 1985, p. 748, n. 166.

(140) Non si concorda con Cass. civ., 28 maggio 1983, n. 3694, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 1310, circa il carattere astratto della prevedibilità.

quanto all'inadempienza colposa, arriva fin dove il danno poteva essere previsto.

Essi costituiscono così dei limiti di riferimento del danno risarcibile da accertarsi in concreto.

A fortiori il danno non può essere stimato alla decisione, all'indennizzo o alla domanda. Quale sia la distanza tra questo modo di vedere e quello dominante, può misurarsi col dire che correntemente si stima il danno in funzione dell'indennizzo, mentre qui si propone di stimare l'indennizzo in funzione del danno, nel limite in cui è risarcibile. Il credito è certamente pecuniario, dato che concerne la quantità di danaro equivalente all'interesse leso dall'illecito o dalla inadempienza.

Esso è illiquido, allo stato, nel senso che abbisogna della liquidazione perché la quantità di danaro resti indiscutibilmente fissata. Il principio nominalistico si applica a tutti i crediti pecuniari sia liquidi sia illiquidi ed è arbitrario ridurlo solo a quelli liquidi. Il credito all'equivalente, di cui si è detto, è perciò soggetto al principio nominalistico, e non può non esserlo. In questo senso si rifiuta la sua qualificazione corrente come credito di valore e la legittimità teorica della categoria.

17. – Trattiamo ora dell'ulteriore e diverso danno causato dal ritardo con cui l'equivalente viene prestato.

L'interesse leso è quello a poter disporre della quantità di danaro equivalente ed esso spazia per tutta la durata del ritardo colpevole dalla costituzione in mora (che invece rileva a questi fini) a quello in cui l'indennizzo è concretamente prestato.

Il debitore è in mora nel prestare l'equivalente dall'inadempienza o dall'illecito, non occorrendo nuova costituzione in mora ⁽¹⁴¹⁾.

Il risarcimento del danno da ritardo, che va ad aggiungersi a quello da illecito e inadempienza, oggetto della stima, avviene attraverso i comuni modi di indennizzo previsti per le obbligazioni pecuniarie, alle quali appartiene quello di risarcimento per equiva-

(141) Il fatto che l'indennizzo sia esigibile sin dal suo verificarsi, vale anche per il danno contrattuale e comporta che il danneggiante sia in mora da tale momento, ove si ritenga che la relativa prestazione debba essere effettuata al domicilio del creditore, *ex art.* 1219, 2° comma, n. 3, c.c. Diversamente opinando, la mora decorrerà dalla richiesta di indennizzo *ex art.* 1219, 1° comma, c.c.

lente monetario. Si ricorre cioè alla norma chiave dell'art. 1224 c.c. di vasta applicazione ai crediti illiquidi non meno che a quelli liquidi. Il fatto che questa sia stata sin qui limitata ai crediti liquidi è da mettersi in relazione con il principio abbandonato e tuttavia ancora influente, a livello di crittotipo, di cui si è detto. Sono dovuti perciò gli interessi legali quali interessi moratori ⁽¹⁴²⁾.

La regola, infatti, è che i crediti illiquidi non producono interessi, eccezion fatta per il caso della mora. Non a caso gli interessi non moratori presuppongono crediti liquidi: così gli interessi corrispettivi un credito liquido ed esigibile (art. 1282 c.c.) ⁽¹⁴³⁾, e quelli compensativi, un credito liquido e non esigibile (art. 1499 c.c.) ⁽¹⁴⁴⁾.

Solo la mora giustifica che un credito illiquido, come il risarcimento del danno, generi degli interessi. Ciò si spiega col fatto che quivi il legislatore ha anticipato l'esigibilità del credito, al momento del verificarsi del danno, perché il tempo occorrente alla sua liquidazione trascorra in danno del danneggiante invece che del danneggiato ⁽¹⁴⁵⁾.

È stato così codificato, per eminenti ragioni di politica legislativa, il principio che il danneggiante debba immediatamente l'indennizzo al danneggiato e versi anzi in ritardo colpevole sin dal suo verificarsi (*mora ex re, mora quae inest*).

È incomprendibile come l'opinione dominante estenda gli interessi compensativi da un credito liquido e non esigibile, come quello *ex art. 1499 c.c.*, ad un credito all'opposto illiquido ed esigibile, come quello del risarcimento del danno.

Un credito di valore non è idoneo da parte sua a produrre gli interessi, sia perché – come si è detto – ad esso è estranea la mora, sia perché tra loro non c'è un rapporto di omogeneità. Gli interessi monetari sono infatti accessori, proporzionali e perio-

(142) Sulla qualificazione moratoria convengono: MESSA, *op. cit.*, p. 246; ASCARELLI, *op. cit.*, pp. 340 ss.; DE CUPIS, *op. cit.*, p. 487; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 163.

(143) Il testo dell'art. 1282 c.c. ha abbandonato la tendenza ad estendere gli interessi corrispettivi ai crediti illiquidi che era emersa in sede di art. 17 del progetto preliminare.

(144) È decisivo al riguardo il riferimento al «prezzo» *ex art. 1499 c.c.*

(145) È soluzione opposta a quella sottesa al principio *in illiquidis non fit mora*, che risaliva al passo di VENULEIO, secondo cui *improbis non potest videri qui ignorat quantum solvere debeat*.

dici rispetto ad una obbligazione pecuniaria e la presuppongono necessariamente ⁽¹⁴⁶⁾.

Dalla *mora quae inest* nel prestare l'indennizzo pecuniario, deriva al danneggiante anche l'obbligo di risarcire il maggior danno da mora *ex art. 1224, 2° comma, c.c.*, come accade in ogni obbligazione pecuniaria. Ciò si verifica nei limiti in cui è prevedibile *ex art. 1225 c.c.* poiché è normalmente colposo.

Che cosa debba intendersi per codesto maggior danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie è argomento ormai trattato da copiosa letteratura e giurisprudenza ⁽¹⁴⁷⁾.

È tuttavia da escludere che esso possa individuarsi nella perdita del potere d'acquisto della moneta, per le ragioni esposte a proposito dei crediti di valore. L'autore si è occupato diffusamente di questo argomento nei vari scritti e segnatamente in questa *Rivista*, 1981, II, pp. 332 ss., ai quali rinvia per una più ampia spiegazione. Codesto maggior danno, a mio modo di vedere, è da individuarsi nell'eventuale scarto tra il saggio dell'interesse legale e quello di mercato.

Il recupero di tale scarto, in tale ottica, corrisponde ad un diritto di indennizzo del ritardo da parte del danneggiato al quale diversamente potrebbe aspirare nei limiti assai aleatori in cui si provi un arricchimento del danneggiante *ex art. 1207 c.c.* Tale soluzione costituisce perciò la migliore tutela del danneggiato, in linea col *quod plerumque accidit* ⁽¹⁴⁸⁾.

Il complessivo danno moratorio viene così ad identificarsi nel lucro cessante presumibile di un nonnale impiego finanziario o col costo di rimpiazzo del danaro, cioè del mutuo. Esso è costituito dalla normale remunerazione del risparmio (interessi bancari passivi, dividendi dei titoli pubblici ecc.) ovvero, là dove si provi essere occorso un rimpiazzo, dall'interesse attivo.

(146) In tal senso G.C. MESSA, *op. cit.*, p. 435.

(147) Sulla questione tra i molti: R. NICOLÒ, *op. loc. citt.*; GRECO, *op. cit.*, pp. 103 ss.; A. TORRENTE, in *Foro it.*, 1949, I, c. 405; A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 434; e da ultimo R. PARDOLESI, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1265 ss; A. AMATUCCI, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1273; G. VALCAVI, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1540.

(148) Il riferimento al tasso di interesse di mercato era già noto nel diritto romano giustiniano dove era dato al giudice determinare il tasso di interesse secondo il *mos regionis*: v. CERVENCA, *op. cit.*, p. 297, n. 8, p. 300.

Occorre aggiungere altresì, a questo punto, che l'interesse di mercato è notoriamente influenzato dalle attese inflazionistiche e dalle varie condizioni della domanda di credito. Esso è quindi prevedibile e non è ragionevolmente evitabile.

Ora abbiamo interessi notevolmente al di sopra del tasso di inflazione (così detti interessi reali positivi), mentre sino a qualche tempo fa avevamo interessi al di sotto di esso (c.d. interessi reali negativi) a causa della liquidità esuberante. Oggidì, sommando agli interessi legali lo scarto rispetto al maggior tasso inflazionistico, si ha una misura al di sotto del *quod plerumque accidit*, mentre un tempo era esuberante.

È ben prevedibile che, a causa del rapido calo della inflazione, sia sempre più abbandonato il riferimento al tasso inflazionistico a favore dell'interesse di mercato, che costituisce anche il prezzo della moneta nel succedersi del tempo. E così esso copre il minor valore della liquidità differita rispetto a quella immediatamente disponibile (c.d. *utilitas temporis*) in cui è da ravvisarsi il parametro più ragionevole di riferimento.

Codesto modo di vedere è stato accolto recentemente, nella sua sostanza, dalle Sezioni Unite della nostra Suprema Corte di Cassazione, con sentenza 5 aprile 1986, alla quale si rinvia.

Nel caso che il danneggiato sia un estero-residente e dimostri di avere subito un danno di cambio, egli avrà diritto al relativo differenziale, oltre al normale rendimento della moneta, nella quale avrebbe cambiato.

18. – La conclusione di tutto questo discorso è in ultima analisi la seguente: si ha corretto risarcimento del danno, sommando al capitale corrispondente all'equivalente dell'interesse leso, stimato secondo i valori correnti al momento della lesione, il normale rendimento monetario successivo *ex art. 1224 c.c.* quale si sarebbe realizzato da un investimento finanziario non aleatorio per tutto il periodo di mora nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria relativa.

In tal modo viene demotivato il ritardo del debitore ed il creditore è messo nella situazione in cui si sarebbe trovato se avesse riscosso l'indennizzo al momento del verificarsi del danno e lo avesse messo a normale frutto monetario, non aleatorio.

Lo scritto è stato richiamato da:

F. PARRELLA, *Inadempimento del debito di valuta: analisi ragionata dell'evoluzione dell'a giurisprudenza tra indirizzo teorico ed esigenze concrete*, in *Riv. dir. comm.le*, 1988, p. 69, nota 12; M. MAJENZA, *Quantificazione dei danni patrimoniali e teoria della differenza*, *Il Corriere giuridico* 1989, p. 1202; V. DE LORENZI, *Obbligazione, Parte generale, sintesi di infonazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 262; R. PARDOLESI, *Crediti previdenziali, tutela differenziata e punitive damage*, in *Foro it.*, 1991, I, p. 1325; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, pp. 658, 661; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, 1990, pp. 121, 219, 221, 257, 260, 266, 269, 270, 271, 272, 274, 276, 277, 281, 283, 288, 302, 313, 318; M.C. DAL BOSCO, *Della compensazione giudiziale, ovvero di un'apparenza normativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 754, nota 12.

Altri scritti dell'autore sullo stesso argomento:

- «Ancora sul tempo di riferimento nella stima del danno», in *Rivista di Diritto Civile* 1991.
- «Intorno al concetto di *perpetuatio obligationis* e al tempo di riferimento del risarcimento del danno da inadempienza contrattuale», in *Rivista Diritto Civile* 1992, II, 385 e in *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 293.
- «Sulla natura dell'obbligo di restituzione e di quella di risarcimento del danno conseguenti alla risoluzione del contratto per inadempienza», in *Foro Padano* 1992, I, p. 53 e ss, e in *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 309.