

INTORNO AL CONCETTO DI *PERPETUATIO OBLIGATIONIS*
ED AL TEMPO DI RIFERIMENTO NELLA STIMA DEL DANNO
DA RISOLUZIONE PER INADEMPIENZA CONTRATTUALE(*)

1. - Questa decisione conferma e sviluppa, con una motivazione oltremodo pregevole, la precedente 18 luglio 1989, n. 3352 (anch'essa da me annotata in questa *Rivista*, 1991, II, pp. 67 ss.) con riguardo al momento di riferimento nella stima del danno.

Essa è in sintonia con quanto ebbi a scrivere ne *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, apparso sempre in questa *Rivista*, 1987, II, pp. 31 ss., e riprende buona parte delle osservazioni colà avanzate⁽¹⁾.

La pronuncia correttamente distingue il danno da inadempienza e da illecito, che va stimato con riferimento al tempo del suo verificarsi, da quello successivo che riguarda invece il ritardo con cui l'indennizzo viene prestato al danneggiato.

(*) Da «*Rivista di Diritto Civile*», 1992, II, p. 385 e ss.

Lo scritto annota la seguente massima:

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 20.6.1990, n. 6209, Pres. Granata, Est. Carbone, P.M. Amirante (Concl. parz. diff.); ANAS c/ Scopelliti:

«Il danno da inadempienza va liquidato con riferimento al momento in cui esso si verifica e non a quello della liquidazione. Il danno da ritardo consiste nella perdita della utilitas che il creditore avrebbe tratto dalla somma dovuta, al posto del bene se gli fosse stata tempestivamente prestata e va risarcita in via equitativa con gli interessi legali e, nel caso di perdita del potere di acquisto della moneta, con la rivalutazione. Gli interessi non vanno rapportati al momento finale della *taxatio*, ma ai diversi e successivi mutamenti del potere di acquisto periodico».

⁽¹⁾ 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 ss.; *Id.*, *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, in questa *Rivista*, 1987, II, pp. 31 ss.; *Id.*, *Indennizzo e lucro del creditore nella stima del danno*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 681; *Id.*, *In materia di criteri di liquidazione del danno in genere e di interessi monetari*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 933; *Id.*, *Ancora sul tempo di riferimento nella stima del danno*, in questa *Rivista*, 1991, II, p. 67; *Id.*, *Sul risarcimento del danno da illecito o da inadempienza e di quello per il ritardo con cui è prestato l'indennizzo*, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 1, c. 1227 ss.

Essa qui abbandona l'antica, e pur autorevole opinione, che erroneamente fonde i due danni in uno solo e così adotta il *tempus rei iudicandae* come quello che, per essere più prossimo all'indennizzo, in teoria viene considerato il più idoneo a procurare il risarcimento integrale del danno.

La decisione individua poi esattamente il posteriore danno per il ritardo con cui l'indennizzo viene prestato «nella mancata *utilitas* della somma di danaro che non è stata tempestivamente prestata».

Essa corrisponde al normale lucro cessante dell'ordinaria obbligazione pecuniaria, alla cui categoria appartiene anche quella che abbia per oggetto l'equivalente, in attesa di essere liquidato, sulla base del risarcimento contemplato dall'art. 1224, 1° e 2° comma, c.c.

Questa decisione ci offre lo spunto per approfondire il discorso concernente «il tempo di riferimento», con particolare riguardo al danno da risoluzione per inadempimento contrattuale, dopo i recenti scritti critici del Luminoso⁽²⁾.

Alla luce delle considerazioni che qui verranno offerte, si concluderà anzi che proprio questo è il terreno dove il criterio dianzi illustrato, mostra di essere l'unico valido e accettabile.

Giova qui ricordare, per fare il punto della questione, che i criteri che hanno raccolto un grosso seguito nella dottrina, e nella giurisprudenza⁽³⁾, sono quelli che fissano il tempo di riferimento al momento della decisione o quanto meno, a quello della domanda giudiziale di risoluzione⁽⁴⁾, perché essa preclude l'adempimento *ex art. 1453, 3° comma, c.c.*

(2) A. LUMINOSO, *Il momento da prendere a base per la determinazione e la stima del danno da risoluzione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1989, I, pp. 1072 ss.; ID., *Della risoluzione per inadempimento*, nel *Commentario del c.c.* a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1453-1462), Bologna-Roma, 1990, *sub art. 1453*, pp. 116 ss.

(3) T. TEDESCHI, *Il danno e il momento della sua determinazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, I, pp. 264 ss.; ID., *Il momento della determinazione del danno*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, pp. 240 ss.; DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1970, I, pp. 363 ss.; G. PUGLIESE, in *Foro it.*, 1956, I, c. 578 ss.; SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Digesto it.*, pp. 14 ss.; H. ed L. MAZEAUD e A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, pp. 547 ss.; Cass. civ., 5 agosto 1982, n. 4397; Cass. civ., 16 aprile 1971, n. 1090, tra le molte.

(4) NICOLÒ, in *Foro it.*, 1944-46, IV, c. 51 ss.; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, pp. 74 ss.; MENGONI, *Inadempimento delle obbligazioni. Rassegna critica di giurisprudenza*, in *Temì*, 1946, pp. 580 ss.; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, nel *Commentario del c.c.* a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1218-1229), Bologna-Roma, 1968, pp. 526 ss.

Da questo momento alla decisione, il credito acquisterebbe natura di credito di valore e perciò postulerebbe la sua rivalutazione, con l'aggiunta degli interessi⁽⁵⁾.

Non è mancato chi, pur reputando, all'opposto, che il danno da risoluzione per inadempienza contrattuale vada stimato al suo verificarsi, tuttavia lo vuole rivalutato alla decisione (sempre con l'aggiunta degli interessi) in quanto reputato per l'appunto credito di valore⁽⁶⁾.

Di recente Luminoso ha dedicato alcuni pregevoli scritti all'argomento, nei quali ha criticato le opinioni che accolgono come criterio generale il riferimento sia al tempo del verificarsi del danno, sia alla domanda giudiziale, sia al giudicato di risoluzione del contratto.

Egli ha proposto una serie di soluzioni frammentate con riguardo a situazioni empiriche e così, tra l'altro, per il caso che la mancata prestazione abbia ad oggetto danaro o beni consumabili, ha ritenuto debba farsi riferimento al momento del verificarsi del danno⁽⁷⁾, mentre all'opposto, per il caso che essa abbia riguardo a beni durevoli, ha reputato che in linea tendenziale debba farsi riferimento al tempo della decisione che liquida il danno⁽⁸⁾.

Ci occuperemo più in là di talune osservazioni di rilievo avanzate da questo autore che mettono in crisi la tesi che è ancorata al *tempus rei judicandae* e confermano quella del verificarsi del danno a suo tempo avanzata da chi scrive, come l'unico criterio corretto, sotto l'indispensabile luce dell'analisi economica del diritto.

2. - Conviene soffermarci qui sull'opinione che insiste nel fissare alla decisione giudiziaria il tempo della stima del danno (sia essa tendenziale e frammentata, sia essa di carattere generale) aggiungendo ulteriori riflessioni a quelle a suo tempo indicate ne *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, cit., al quale rinviamo. Il fondamento della sopra accennata opinione è, da autori e giudici, tratto dal richiamo dell'art. 2058 c.c. che tuttavia appare non pertinente e tanto meno fondato⁽⁹⁾.

⁽⁵⁾ ASCARELLI, *op. cit.*, p. 523, nota 1.

⁽⁶⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1990, IV, pp. 149 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 288 tra i molti; Cass. civ., 29 agosto 1987, n. 7116; Cass. civ., 28 febbraio 1984, n. 1420 tra le molte.

⁽⁷⁾ A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 287.

⁽⁸⁾ A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 284, nota 11, pp. 285, 286.

⁽⁹⁾ MOMMSEN, *Die lehre von dem interesse*, rist. 1955, pp. 218 ss.; DERNBRUG, *Pandekten*, 1903, II, pp. 183 ss.; TEDESCHI, *op. loc. citt.*; DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 363, nota 9; LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 285.

Il ragionamento che abitualmente viene proposto, è molto semplicistico e si riduce pressapoco a questo: il danneggiato può scegliere la reintegrazione specifica, e così può pretendere la cosa *usque ad ultimum diem* e perciò ha diritto all'equivalente pecuniario, sulla base dei valori contemporanei alla reintegrazione.

L'errore di fondo di codesto modo di vedere consiste nell'unificare il differente modulo riparatorio della reintegrazione specifica e di quello proprio del risarcimento del danno, e così nell'eliminare i diversi e specifici tratti differenziali per giungere alla conclusione erronea che il costo del risarcimento nei due casi deve essere necessariamente lo stesso⁽¹⁰⁾.

È troppo nota la radicale differenza tra la riparazione in natura, in cui consiste la reintegrazione specifica, e quella per equivalente, che rappresenta l'essenza di quella per il risarcimento del danno, nonché tutte le altre caratteristiche differenziali comunemente ritenute per cui la reintegrazione specifica è volta a riprodurre per il futuro una situazione analoga a quella esistente prima della lesione del bene, mentre quella di risarcimento mira a riparare il pregiudizio passato e ripristina il patrimonio del danneggiato sulla base della *Differenztheorie*⁽¹¹⁾.

Trattasi cioè di due metodi di riparazione del danno (l'uno in natura e l'altro per equivalente) che non possono essere tra loro confusi e sono assolutamente diversi tra loro.

Il danneggiato che pretende la riparazione in natura può conseguire solo quella e non quella per equivalente. Tanto meno può far leva sullo specifico risultato della reintegrazione in natura per modellare su di esso il contenuto economico del risarcimento per equivalente.

In altri termini, e per ripeterci, chi persegue la reintegrazione specifica fa una scelta di fondo a favore della riparazione in natura e non può pretendere quella per equivalente.

Il richiamo alla eventualità che il giudice possa disporre la liquidazione del danno per equivalente laddove la reintegrazione sia impossibile o eccessivamente onerosa, di cui al 2° comma dell'art. 2058 c.c., non consente una interpretazione forzata che rimetta al danneggiato la possibilità

⁽¹⁰⁾ C. SALVI, in *Enciclopedia del diritto*, XL, n. 12, pp. 1095 ss. Sono da ritenersi erronee le proposizioni per cui il creditore potrebbe scegliere tra reintegrazione specifica e risarcimento per equivalente, App. Genova, 26 settembre 1955, in *Rep. giust. civ.*, 1955, n. 143; Trib. Firenze, 21 gennaio 1967, in *Giur. it.*, 1968, I, p. 2, c. 38; o che la domanda per equivalente sia implicita in quella di reintegrazione specifica; App. Bari, 15 novembre 1964.

⁽¹¹⁾ A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, nel *Commentario del c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 2043-2059), Bologna-Roma, 1971, sub art. 2058, pp. 132 ss.; C. SALVI, in *op. cit.*, pp. 92 ss., tra i molti.

di chiedere la riparazione in natura o il suo equivalente. Qui l'equivalente pecuniario va correlato al danno nel suo contenuto economico e non al risultato della reintegrazione specifica, come riparazione in natura.

Anche il giudizio di eccessiva onerosità non può essere ridotto all'ipotesi marginale della maggiore dispendiosità della riparazione in natura rispetto a quella per equivalente riferendo quest'ultima al valore economico sostitutivo della prima con riguardo al medesimo tempo⁽¹²⁾.

Deve dirsi più in generale che lo stesso «culto» della reintegrazione specifica come il mezzo primario di riparazione del danno, perché riguarderebbe il mezzo più naturale e più efficace di riparazione rispetto a quello per equivalente che avrebbe carattere sussidiario, si basa su presupposti assai erronei⁽¹³⁾.

Il risultato della reintegrazione specifica non è il bene che avrebbe dovuto essere prestato, e non lo è stato, ma è un bene «riprodotto a nuovo» e cioè assolutamente diverso. Esso mette capo ad un risultato esuberante laddove il bene si risolve in «una riproduzione a nuovo» di una struttura, una macchina, un bene usato, ed in definitiva non tiene conto del deprezzamento fisico e tecnologico.

Codesto criterio è ritenuto correttamente dagli esperti di valutazione «un metodo valido solo se si dimostri che il costo di riproduzione è il più economico delle varie possibili alternative».

Il metodo primario di riparazione in natura è considerato in economia giustamente il costo di rimpiazzo e cioè quello occorrente per rimpiazzare un bene perito con uno presente sul mercato ed avente le stesse capacità ed utilità al netto del pregresso deprezzamento⁽¹⁴⁾.

Tale metodo è previsto dagli artt. 1515, 1516, 1518 c.c. alla condizione che il rimpiazzo avvenga «senza ritardo» rispetto alla inadempienza e perciò il riferimento al tempo del danno esce ulteriormente confermato.

(12) La opinione comune che riduce la eccessiva onerosità al maggior costo di una reintegrazione specifica rispetto al valore contemporaneo del bene e perciò ad una sua eccessiva antieconomicità, non appare fondata. Nel senso invece che la comparazione vada riferita alla entità del danno con riferimento al suo verificarsi, si veggia G. VALCAVI, in *La stima del danno nel tempo con riguardo alla inflazione, alla variazione dei prezzi ed all'interesse monetario*, in questa *Rivista*, 1981, II, p. 335.

(13) In questo senso P. PERLINGERI, in *Codice civile commentato*, Torino, 1980, p. 1740, e nello stesso senso è la giurisprudenza che ritiene che la domanda per equivalente sia un *minus* rispetto a quella di reintegrazione in forma specifica: Cass. civ., 7 febbraio 1975, n. 471, in *Rep. giur. it.*, 1975, voce *Resp. civ.*, 567, n. 184.

(14) Traggo le sopra indicate affermazioni di principio da importanti stime di operatori del settore quali H. BUTCHER EUROAPPRAISAL, in *Relazione peritale riguardante la s.p.a. Calzaturificio di Varese*.

3. - Un passo di questa pronuncia merita particolare attenzione e da solo giustifica l'adozione del tempo del verificarsi del danno come unico criterio corretto.

Esso è costituito dalla frase con cui la Suprema corte, riprendendo una tesi da me precedentemente avanzata, a proposito dell'esigenza di rispettare la *perpetuatio obligationis*, afferma che dal momento in cui il danneggiato ha acquisito il diritto al controvalore del bene, non gli sono più dovuti i frutti naturali della cosa e che, (sempre da tale momento) le parti sono vicendevolmente divenute «insensibili alle eventuali successive sorti positive o negative» della controprestazione, reciprocamente attesa e che più non deve essere loro effettuata.

Il rischio contrattuale gravante su ciascuna delle due parti si cristallizza nel momento in cui il diritto alla controprestazione viene meno e così l'altra parte è liberata dall'obbligo di effettuarlo. L'obbligazione che ha per oggetto la *res debita*, è sostituita da quella avente per oggetto l'equivalente pecuniario riferito a codesto momento e in ultima analisi il danno corrisponde al differenziale tra le due opposte prestazioni, con riferimento ad esso. All'opposto le opinioni che stimano il danno con riferimento alla decisione (sia di risoluzione o di liquidazione) o anche solo alla domanda giudiziale, reputano le parti ancora vicendevolmente tenute alla prestazione anche dopo e malgrado la loro liberazione e così in corso il rispettivo rischio contrattuale. Queste opinioni, per far beneficiare, ad es., il compratore (o il permutante o il committente, ecc.) risolvente del beneficio di un eventuale sopravvenuto rialzo dei valori del bene (oggetto della controprestazione attesa) lo gravano dell'onere di un eventuale ribasso, mentre quegli non ha più diritto a pretendere il bene, a seguito della reciproca liberazione delle parti dagli obblighi contrattuali.

È opportuno qui sottolineare il fatto che, a seguito della liberazione dai rispettivi obblighi derivante dalla risoluzione, non solo quel compratore (o permutante o committente), ma anche il venditore (o l'appaltatore, ecc.) non sono più esposti al rischio contrattuale loro incumbente, a seguito della stipulazione.

A maggior ragione appare inaccettabile — come scrissi altrove —, l'opinione, che ricorre alla teorica del *quantum plurimum* ed alla logica inafferrabile delle reciproche presunzioni, affacciata dai Pandettisti tedeschi⁽¹⁵⁾, per evitare di gravare il compratore risolvente di un ribasso sopravvenuto di valori.

(15) G. VALCAVI, *Il tempo di riferimento*, cit., p. 34.

Un principio di fondo di ogni ordinamento (e così del nostro) è che le parti corrono il rispettivo rischio contrattuale fino a quando esse sono tenute ad effettuare le reciproche prestazioni.

Codesto rischio viene meno solo con la liberazione delle parti (non di una sola, ma di entrambe), dalle reciproche obbligazioni e da tale momento in poi esso può dirsi cristallizzato.

Questa proposizione spiega più di ogni altra l'errore di prospettiva di quell'opinione che all'opposto intende la *perpetuatio obligationis* sia pure nella limitata ottica del perimento della *species debita*) come la sopravvenuta perennità della obbligazione del debitore in mora di prestare la cosa dovuta, mentre il creditore non correrebbe più altro rischio se non quello definitivamente fissato al sorgere della mora⁽¹⁶⁾.

In tal senso la insensibilità del creditore alle successive sorti negative del bene, troverebbe la sua giustificazione in una cristallizzazione del rischio al sorgere della mora che è un modo di intendere totalmente erroneo.

L'art. 1221 c.c. si limita, infatti, a trasferire, temporaneamente, il rischio del perimento, durante la mora dal creditore al debitore sulla base di una presunzione *juris tantum* che «il bene non sarebbe ugualmente perito presso il medesimo creditore»⁽¹⁷⁾.

In quest'ultimo caso, le conseguenze del perimento devono essere poste a carico del creditore (ad es. il compratore), con la conseguenza che egli non solo finisce per perdere il bene di cui è diventato proprietario, a seguito degli effetti reali del contratto, ma dovrebbe altresì pagare il corrispettivo pattuito al debitore, malgrado che questi versi in mora.

In definitiva la mora del debitore non determina una cristallizzazione del rischio e la conseguente insensibilità del creditore, alle ulteriori sorti della *species debita*, intesa in senso pieno.

Parimenti, durante la mora, continua a correre il rischio economico del creditore per un rialzo od un ribasso dei prezzi, perché tale evenienza si

⁽¹⁶⁾ Che all'opposto per l'obbligazione perpetuata debba intendersi quella di risarcimento per equivalente monetario sulla base del principio romanistico *omnis comdenatio est pecuniaria* e sotto il profilo dell'obbligazione vista dall'angolo della responsabilità civile, E. BETTI, *Diritto romano*, Milano, 1935, pp. 430 ss.; ID., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 168; M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979, pp. 1-6.

⁽¹⁷⁾ Questo aspetto in genere è assolutamente trascurato e si tende solo a mettere l'accento sulla difficoltà della prova di una ipotesi del genere: C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Commentario del c.c.* a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1218-1229) Bologna-Roma, 1979, pp. 236 ss.

sarebbe comunque verificata anche se la *species* si fosse trovata presso di lui, trattandosi di un'evenienza oggettiva.

L'unica possibilità che resta al creditore, in un caso del genere, è quella di pretendere il risarcimento di un tal danno (ovviamente con le prove del caso) sotto l'esclusivo profilo di un danno moratorio. A maggior ragione il rischio del creditore (che non è mai venuto meno) torna ad essere pieno per il caso che la mora venga purgata.

La sopravvenuta impossibilità di prestare la cosa dovuta, sempre a stare all'art. 1221 c.c., libera il debitore, perché la *species debita* è perita e *ad impossibilia nemo tenetur*, ma anche il creditore dalla sua controprestazione⁽¹⁸⁾.

Il debitore, in altri termini, è qui tenuto a prestare l'equivalente della *species debita*, ancorato al momento della liberazione, e perciò da quel momento in poi cessa l'ulteriore rischio contrattuale (per entrambe le parti) in ordine alla prestazione divenuta impossibile e alla correlata controprestazione.

Ciò spiega la ragione per la quale il debitore della *res debita* (ad es. il venditore) che non sia totalmente perita e non il creditore (ad es. il compratore), da quel momento in poi corre il rischio della stessa, dato che la cosa prima dovuta, è tornata nel suo patrimonio disponibile, a seguito della liberazione dall'obbligo di prestarla al creditore.

Questo è il senso e la logica della distribuzione dei rischi tra le parti durante la mora.

4. - Di fronte all'inadempienza del debitore, il creditore può scegliere tra il continuare a pretendere l'adempimento, correndo il duplice rischio del ribasso del valore e quello di cui all'art. 1221 c.c. (fatto salvo il risarcimento del danno da mora), o il risolvere il contratto.

In questa ipotesi il creditore sceglie la reciproca e contestuale liberazione (sia propria, sia del debitore) dalle vicendevoli obbligazioni e torna ad avere la disponibilità giuridica del bene che avrebbe dovuto prestare all'altro contraente.

La liberazione delle obbligazioni vicendevoli è la conseguenza di fondo della risoluzione del contratto.

Quest'ultima opera retroattivamente, a sensi dell'art. 1458 c.c. Dal momento a cui retroagisce la liberazione del creditore, e del medesimo debitore dalle vicendevoli obbligazioni, essi divengono anche insensibili alle successive sorti positive o negative del bene che avrebbero dovuto ricevere vicendevolmente e cioè dell'affare nel suo insieme.

⁽¹⁸⁾ In questo senso D. 50, 17, 185, *Impossibilium nulla obligatio est*.

La risoluzione può esaurirsi nella sola liberazione delle parti senza provocare danno alcuno, che è eventuale e non necessario (si faccia il caso di una cosa, il cui prezzo è al di sotto di quello pattuito) o al contrario provocando un danno.

Il risarcimento di questo danno è disposto dall'art. 1453 c.c. laddove è previsto «in ogni caso il risarcimento del danno».

Qui non ci troviamo di fronte ad una sanzione della risoluzione⁽¹⁹⁾, ma invece di quella pregressa inadempienza che era in atto al momento della retroattiva liberazione di cui all'art. 1458 c.c. e che ha lo scopo di eliminare gli effetti economici pregiudizievoli per la vittima incolpevole, onerandone l'autore.

L'ipotesi più ricorrente di danno è costituita, ad esempio, dal lucro cessante per il maggior valore della cosa non prestata, rispetto al prezzo pattuito, nel caso in cui il creditore risolvente sia il compratore e viceversa, nel caso in cui creditore risolvente sia il venditore, è costituito dal minor valore della cosa rispetto al prezzo convenuto.

Facciamo il caso in cui al momento della liberazione del venditore inadempiente dalla obbligazione di prestare il bene in natura, quest'ultimo abbia un valore di scambio di lire 1.200 rispetto al prezzo pattuito di lire 1.000 o nell'ipotesi opposta di inadempienza del compratore abbia un valore di lire 900 rispetto al prezzo convenuto di lire 1.000. Nel primo caso il compratore risolvente avrà subito un mancato guadagno di lire 200 e nel secondo caso il venditore risolvente avrà subito una perdita di lire 100.

Questo danno non consiste nella comparazione tra le conseguenze della risoluzione e quelle dell'adempimento e così in quelle utilità che il creditore risolvente non riceverà più per effetto della liberazione del debitore inadempiente, rispetto a quello che avrebbe ricevuto da un adempimento del contratto in un momento posteriore a quello a cui retroagisce l'effetto risolutorio del contratto, *ex art. 1458 c.c.* perché si tratta di conseguenze di una libera scelta del creditore nel risolvere il predetto contratto⁽²⁰⁾.

Il danno, come si è visto, consiste invece in quelle utilità che il creditore risolvente non riceverà per effetto della inadempienza posta in essere dal debitore, prima del momento a cui viene fatta retroagire la liberazione dalla sua obbligazione.

⁽¹⁹⁾ Correttamente App. Milano, 29 maggio 1991, n. 631 di prossima pubblicazione in *Foro padano* ha ricondotto il risarcimento a funzione sanzionatoria dell'inadempienza e non della risoluzione.

⁽²⁰⁾ All'opposto di LUMINOSO, *op. cit.* a p. 292, afferma che il creditore è stato costretto a risolvere il contratto e vede l'indennizzo in funzione di tale considerazione.

La successiva condotta del debitore dopo la sua retroattiva liberazione, non ha rilievo sia che venga ipotizzata come persistenza o come reiterazione dell'anteriore inadempienza, e parimenti è priva di rilievo qualsiasi conseguenza di tale condotta posteriore alla liberazione. Del resto anche il creditore (quale ad esempio il compratore risolvente) è retroattivamente liberato dall'obbligo di effettuare la controprestazione da lui dovuta, perché le obbligazioni commutative sono regolate dalla logica sinallagmatica del *simul stabunt, simul cadunt*.

Questo discorso vale ovviamente per le variazioni di valore delle due contrapposte prestazioni, dopo il momento al quale retroagisce la reciproca liberazione dai vicendevoli obblighi, così che le parti (come ha correttamente affermato la Suprema corte) sono insensibili alle successive sorti del loro oggetto, ma anche per i frutti inerenti allo stesso, perché ciascuna parte torna reciprocamente a disporre del bene che si era in precedenza obbligata a prestare all'altra (sia essa una cosa o una somma di danaro), per effetto della liberazione retroattiva di cui all'art. 1458 c.c.

5. - La migliore riprova della esattezza di quanto siamo venuti sin qui dicendo, e della conclusione da tempo proposta che non vi è altro criterio valido se non quello di stimare il danno con riferimento al tempo del suo verificarsi ci viene dalla lettura di alcune pagine di una recente opera del Luminoso sulla risoluzione per inadempimento.

Come si è detto all'inizio, questo autore, sul presupposto di una abusata ed arbitraria presunzione che il creditore di un bene durevole in natura (compratore o committente o permutante, ecc.), avrebbe conservato l'investimento in quel bene sino alla pronunzia giudiziaria, ha concluso nel senso «della tendenziale fondatezza dell'opinione che assume a tempo di riferimento quello della sentenza di liquidazione del danno, salvo una serie di deviazioni»⁽²¹⁾.

Tra queste ultime ha indicato la mancata prestazione di somme di danaro o di beni consumabili per cui ha proposto doversi fare riferimento al tempo del verificarsi del danno⁽²²⁾.

Codeste proposte non appaiono in alcun modo accettabili sia in sé sia nelle loro premesse, per quanto dissi altrove⁽²³⁾.

Ci preme qui sottolineare in via preliminare che non può essere condivisa l'asserzione di codesto autore, laddove vorrebbe vedere riconosciuto al creditore, nella liquidazione del danno da risarcirsi, anche i mancati

⁽²¹⁾ A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 284.

⁽²²⁾ A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 307.

⁽²³⁾ G. VALCAVI, *Sul risarcimento del danno da illecito e da inadempienza e di quello per il ritardo con cui è prestato l'indennizzo*, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 1, c. 1227.

lucri per la sorte dei beni non prestati, dopo il momento al quale retroagisce la liberazione delle parti.

E ciò perché, a suo dire, «nonostante la vicenda risolutiva del contratto, l'inadempimento conserva e non può non conservare la sua rilevanza sia per il passato, sia per il futuro»⁽²⁴⁾.

Occorre qui intenderci su codesta rilevanza per il futuro.

È certamente da escludersi che dopo il momento a cui risale la liberazione delle parti, possa avere rilievo sia la condotta del debitore in termini di protrazione o reiterazione di inadempienza, sia la ipotetica aspettativa del creditore, in ordine al bene non prestatogli, perché questo ormai appartiene al debitore e non a lui, a seguito della sua libera elezione della risoluzione del contratto.

Il danno risarcibile, nel nostro caso, consiste nel pregiudizio economico che dipende da quella inadempienza del debitore che era in essere al momento a cui retroagisce l'effetto risolutivo del contratto e così la sua liberazione, e non successivamente alla stessa.

Conviene qui, invece, riservare adeguato spazio ad alcune pagine del Luminoso che, come si è sopra detto, sono particolarmente probanti della erroneità di chi fa un discorso opposto a quello sopra delineato in materia di rischio che le parti continuerebbero a correre, anche dopo la retroattiva liberazione, e delle conclusioni di riferire la stima del danno al *tempus rei judicandae* o a quello della domanda.

Il Luminoso, raccogliendo un autorevole e corretto insegnamento che riconduce l'entità del danno nel quadro di una normalità dell'alea contrattuale, secondo il *quod plerumque accidit*, esattamente scrive: «noi pensiamo che in sede di liquidazione del danno si debba procedere alla valutazione delle due prestazioni contrapposte, in base a criteri omogenei»⁽²⁵⁾.

L'autore di queste righe condivide perfettamente codeste proposizioni.

Il Luminoso passa quindi alla parte applicativa del criterio basato sulla stima del danno da mancata prestazione della cosa alienata, con riferimento al *tempus rei judicandae*.

Egli giustamente si preoccupa che la tecnica applicativa non trasmodi nel lucro del danneggiato, per il che ci troveremmo di fronte ad una inammissibile pena privata.

Il Luminoso, in particolare, si è soffermato sul caso abbastanza frequente in cui il creditore risolvente (ad esempio il compratore o permutante ecc.) non ha eseguito la prestazione da lui dovuta, avvalendosi della

⁽²⁴⁾ A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 292.

⁽²⁵⁾ Sulle orme del BETTI, in *op. ult. cit.*, I, pp. 168 ss.; A. LUMINOSO, *op. cit.*, pp. 298, 308.

exceptio inadimplenti non est adimplendum, di fronte alla inadempienza del debitore della cosa (venditore, appaltatore ecc.), condannato al risarcimento.

In un'ipotesi di questo genere, al fine di non stravolgere l'equilibrio contrattuale delle prestazioni, il Luminoso sostiene che devono essere apportati correttivi, quali ad esempio:

a) nella compravendita anche il prezzo rimasto a mani del compratore risolvente deve essere rivalutato alla decisione, come il danno da inadempienza della cosa va stimato sulla base dei prezzi correnti alla liquidazione⁽²⁶⁾;

b) nella permuta, il valore della cosa trattenuta *ex art. 1460 c.c.* dal creditore, va stimato con riguardo al medesimo momento della liquidazione della cosa inadempita dal debitore danneggiante⁽²⁷⁾;

c) Identici criteri devono essere applicati, in circostanze analoghe, per le prestazioni non eseguite *ex art. 1460 c.c.* dal creditore risolvente (quale il somministrando) di fronte al danno da inadempienza per le mancate forniture del somministrante, la cui stima deve essere riferita al momento della liquidazione⁽²⁸⁾.

E così via.

Queste proposizioni, per quanto apprezzabili nel loro intento equitativo, dimostrano alla evidenza, che il criterio di stima riferito al *tempus rei judicandae* conduce a risultati che vanno al di là del segno e fanno correre al medesimo danneggiato un rischio contrattuale aggravato e perciò questo si rivela inaccoglibile. Ciò per altro in un periodo di tempo durante il quale — come si è detto — le parti devono considerarsi reciprocamente liberate dalle rispettive obbligazioni, a far tempo dal momento a cui retroagisce la risoluzione del contratto e perciò sono divenute insensibili a qualsiasi posteriore rischio.

Il discorso può ripetersi però anche per la ipotesi opposta in cui ad esempio, il creditore risolvente (quale il compratore) abbia effettuato invece la sua prestazione o comunque abbia anticipato delle somme al venditore.

Infatti codesto creditore ha il diritto di ottenere la restituzione di codeste somme con i relativi interessi dal momento a cui retroagisce la risoluzione del contratto, mentre, sempre da tale momento, non può più pretendere la altrui controprestazione.

(26) A. LUMINOSO, *op. cit.*, pp. 306, 315.

(27) A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 329.

(28) A. LUMINOSO, *op. cit.*, pp. 330, 331, nota 15.

A questo punto ci si avvedrà che la stima del danno da risoluzione, mediante il cumulo delle utilità che sarebbero state conseguite dall'adempimento alla decisione, non ha alcun senso.

All'opposto apparirà oltremodo evidente che l'unico criterio coerente con la logica risolutoria è quello di stimare il danno con riferimento al tempo del suo verificarsi.

Ognuno vedrà, infatti, che per stare, ad esempio, alla ipotesi di obbligazioni commutative, l'unico modo ragionevole di calcolare il danno differenziale, è quello di mettere a confronto le due opposte prestazioni nel medesimo turno di tempo prossimo alla inadempienza, mentre non appare corretto il ricavare il danno differenziale dal raffrontare una prestazione alla scadenza con la controprestazione alla decisione, ovvero entrambe le contrapposte prestazioni con riferimento al tempo della sentenza, come propone il Luminoso.

La prima conclusione è del resto quella che meglio risponde alla regola generale che trova la sua espressione negli artt. 1515, 1516, 1518 c.c. e che corrisponde ai requisiti di causalità, prevedibilità e non evitabilità del danno risarcibile⁽²⁹⁾.

6. - Dopo avere stabilito, una volta per tutte che il danno va liquidato con riferimento ai prezzi e valori al tempo corrente in cui si verifica (e perciò non al tempo della domanda e tantomeno a quello della pronuncia giudiziaria) resta a parlarsi di come si deve provvedere ad attualizzare codesto danno al momento in cui il danneggiante concretamente provvede all'indennizzo.

La Suprema corte ha correttamente distinto il danno di cui prima abbiamo parlato da quello posteriore per il ritardo con cui l'indennizzo viene prestato.

Essa ha correttamente scritto che questo ultimo è costituito dal danno per il ritardo che è da tenersi distinto da quello da inadempienza e che si sostanzia «nella perdita di quell'*utilitas* che il creditore avrebbe tratto dalla somma originariamente dovuta al posto del bene perduto, più strettamente legata al concetto di mora, che consiste nel ritardo frapposto dal debitore alla reintegrazione del patrimonio».

⁽²⁹⁾ In questo senso si veggano mie riflessioni sui c.d. crediti di valore ecc. cit.; *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 ss.; *Id.*, *Il tempo di riferimento*, cit., pp. 60 ss.; A. LUMINOSO, in *op. cit.*, p. 320, all'opposto ritiene che l'art. 1518 c.c. costituisca un'eccezione rispetto alla regola della stima riferita al momento della decisione.

Tale danno ulteriore è in sostanza un danno da mora, anche se la decisione in esame in termini più sfumati, afferma che esso è «più strettamente legato al concetto di mora».

Questo danno non può che essere risarcito se non in termini di interessi monetari e di eventuale maggior danno di mora a sensi dell'art. 1224, commi 1° e 2°, c.c., per quanto ho ripetutamente scritto altrove⁽³⁰⁾.

L'obbligazione risarcitoria ha per oggetto del danaro ed anche se attende di essere liquidata è pecuniaria per sua natura e ad essa torna applicabile il regime della mora di ogni obbligazione pecuniaria.

La somma dell'interesse legale e del maggior danno da mora corrisponde in genere agli interessi bancari, che sono anche definiti il saggio di attualizzazione temporale dei valori⁽³¹⁾.

In tale modo il danno da inadempimento, stimato con riferimento al tempo del suo verificarsi, nel rispetto della normativa vigente, corrisponde a quello attualizzato al momento dell'indennizzo, secondo la normale tecnica economicistica.

L'autore dissente da quel passo della motivazione dove la Suprema corte torna a qualificare gli interessi come compensativi, pur dopo aver accennato allo stretto legame del danno a cui essi pongono rimedio con il concetto di mora. Tali interessi sono all'opposto interessi moratori.

Una affermazione estremamente significativa e fioriera di grande sviluppo è quel passo della sentenza dove essa lungi dal difendere sul piano concettuale la categoria dei debiti di valore, ne afferma «l'origine empirica e casistica» e la sua legittimazione sul terreno meramente equitativo e della effettività giurisprudenziale. E sempre su questo piano equitativo si tenta di giustificare il cumulo di rivalutazione e di interessi che è di per se abnorme ed è la negazione della equità⁽³²⁾.

È appena il caso qui di rilevare come l'opinione del Luminoso, secondo la quale il prezzo trattenuto dal creditore risolvente a sensi dell'art.

⁽³⁰⁾ G. VALCAVI, *Rivalutazione monetaria o interessi di mercato?*, in *Foro it.*, 1980, I, c. 118 ss.; *Id.*, *Ancora sul risarcimento del maggior danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie: interessi di mercato o rivalutazione monetaria?*, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1540 ss.; *Id.*, *L'indennizzo del mero lucro cessante come criterio generale di risarcimento del danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2220 ss. *Valorizzano la funzione degli interessi bancari*, *Cass. civ.*, 29 marzo 1989, n. 1511, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1800 ss.; *Cass. civ.*, 3 febbraio 1981, n. 894; *Cass. civ.*, 21 aprile 1971, n. 140.

⁽³¹⁾ G. VALCAVI, in *Riflessioni sui c.d. crediti di valore*, *loc. cit.* Lo riconosce anche il LUMINOSO, in *op. cit.*, p. 331, nota 16.

⁽³²⁾ G. VALCAVI, in *Giur it.*, 1991, I, p. 1, c. 1231 ss.; *Id.*, *Il tempo di riferimento*, *cit.*, p. 56.

LA STIMA DEL DANNO IN GENERE

1440 c.c. dovrebbe essere rivalutato alla decisione e così analogamente quella dell'Ascarelli, in ordine alle somme anticipate dal compratore, estendono oltre ogni formulazione casistica la contestata categoria dei crediti di valore che viene negata sul piano dogmatico dalla decisione annotata.

È qui confermata una volta di più la validità dei rilievi già mossi nei miei precedenti scritti e da ultimo in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 1231 ss.