

ANCORA SUL RISARCIMENTO DEL MAGGIOR DANNO
DA MORA NELLE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE:
INTERESSI DI MERCATO O RIVALUTAZIONE MONETARIA? (*)

1. - La decisione inaugura un nuovo corso nella nostra giurisprudenza in questa tormentata materia e, per quanto dirò in parziale dissenso da Pardolesi e da Amatucci, mi sembra muoversi nella giusta direzione.

Essa tiene ferma, anche di fronte a taluni rilievi critici da me formulati in passato⁽¹⁾, la classificazione dei creditori di cui alla decisione n. 3776/79 in alcune categorie economiche (operatore economico, risparmiatore, creditore occasionale, modesto consumatore) come base di presunzione del mancato impiego del denaro e perciò del conseguente maggior danno. La sentenza dichiara, poi, di non poter accogliere come soluzione valida «in ogni caso» la proposta di «commisurare il maggior danno allo scarto esistente tra il tasso legale ed il tasso di mercato del costo del denaro», che venne avanzata dall'autore di queste righe (nello scritto citato nella nota precedente⁽²⁾), ed in altri due lavori dell'anno successivo⁽³⁾, o «il *prime rate*» che fu avanzata da Pardolesi⁽⁴⁾, per tema che un

(*) Da «Il Foro italiano», 1986, I, 1540 e ss.

Lo scritto annota la seguente massima:

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite civili, 5.7.1986 n. 2368, Pres. Tamburri-
no, Est. Cantillo, P.M. Sgroi (Concl. conf.); Ministero Lavori Pubblici c/ S.C.I.C.:

«In caso di inadempimento di obbligazione pecuniaria, il danno da svalutazione non si identifica con il fenomeno inflattivo, ma va accertato in concreto; incombe pertanto al creditore dimostrare — avvalendosi di presunzioni e dati notori acquisiti dalla comune esperienza e riferiti a categorie economiche socialmente significative di creditore — che il pagamento tempestivo lo avrebbe messo in condizione di limitare o evitare gli effetti economici depauperatori che l'inflazione produce per tutti i possessori di denaro».

(¹) G. VALCAVI, *Rivalutazione monetaria od interessi di mercato?*, in *Foro it.*, 1980, I, p. 118.

(²) ID., *Riflessioni sui crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interessi*, in *Foro it.*, 1981, I, p. 2112.

(³) 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, p. 332.

(⁴) *Foro it.*, 1979, II, p. 2628.

tale riconoscimento abbia a tradursi di una «operazione normativa» di aumento del tasso legale di interessi.

E tuttavia le sezioni unite, anche se non «sempre ed in ogni caso», accolgono il criterio di riferirsi allo scarto tra interesse legale e quello di mercato, nei casi più frequenti e significativi delle anzidette categorie economiche.

La Suprema corte precisa che, ad es., nel caso dell'operatore economico deve aversi riguardo al differenziale con l'interesse che il creditore paga alla sua banca per rimpiazzare il denaro non corrisponstogli (interesse attivo bancario) mentre invece nel caso del risparmiatore e del creditore occasionale deve aversi riguardo a quello con l'interesse sui BOT, CCT, sui depositi bancari (interesse passivo bancario).

Quest'ultima figura del «creditore occasionale» (si fa qui l'esempio di chi riscuote un indennizzo assicurativo o una somma di finito rapporto, invece del vincitore al lotto ipotizzato dalla decisione n. 3776/79) finisce per equivalere a quella precedente del «creditore in genere»⁽⁵⁾.

La corte relega la rivalutazione monetaria — ed in ciò sta la grossa novità — alla ipotesi residuale (in questa valutazione concordo con Pardolesi ed Amatucci) del mero consumatore per quelle modeste somme, che deduca e provi avrebbe destinato al suo personale consumo (e può essere il caso infrequente che un pensionato, un lavoratore sia creditore di somme). La rivalutazione monetaria viene così ristretta ad un ambito di applicazione del tutto marginale. Le sezioni unite anzi, laddove il creditore sia un operatore economico o un risparmiatore, escludono sino a prova contraria che il danaro possa presumersi destinato al consumo e così farsi luogo alla rivalutazione monetaria, invece che al differenziale di interesse. Esse privilegiano lo scarto di interesse, anche nel caso di impiego multiforme, come nell'ipotesi in cui il lavoratore sia ad un tempo risparmiatore di somme liquide, che è la norma.

Lo scarto di interesse tra il saggio legale e quello di mercato finisce così per assumere correttamente un ruolo centrale nella liquidazione del maggior danno da mora, sia pure come risultato delle presunzioni scaturenti dall'appartenenza alle categorie più significative e ricorrenti di creditori.

Al di fuori dell'ipotesi dell'operatore economico, nella quale si avrà riguardo all'interesse bancario attivo, ci si riferirà in genere allo scarto con gli interessi dei BOT, dei CCT e dei depositi bancari (interesse bancario passivo) come rendimento tipico di categorie generali, quali quelli del risparmiatore o addirittura del creditore occasionale. Non si traduce del

⁽⁵⁾ In questo senso dissento da Amatucci.

resto la mora in un risparmio forzato, conseguente alla mancata trasformazione della liquidità differita in liquidità immediata, a causa del ritardo?⁽⁶⁾.

Mi corre qui però l'obbligo di precisare che la proposta di individuare il maggior danno in codesto scarto di interesse non venne da me avanzata come soluzione applicabile «sempre o comunque», quale è stata intesa dalla nostre sezioni unite, ma come criterio presuntivo, sino a prova contraria. Vi è perciò sostanziale coincidenza di opinioni.

Quale sia la novità della decisione delle sezioni unite, è presto detto. Un recente dato statistico (P. PAJARDI, in *Dir. fallim.*, 1985, I, p. 143) ha indicato che il 44% dei tribunali (58 su 131 interpellati) nei giudizi ordinari concede la rivalutazione presuntiva, mentre il 93% degli altri gli concedono in caso di un minimo di prova, ed infine il 41,8% dei tribunali la concede addirittura in via automatica, nei decreti ingiuntivi. Si arriva a liquidare gli interessi sulla somma rivalutata: che è grave errore economico e si traduce in lucro per il creditore.

2. - I tempi per questa svolta giurisprudenziale, e così per il superamento del criterio ancorato alla rivalutazione monetaria, sono divenuti sempre più maturi in questi ultimi anni.

Si ricordano qui le tendenze di politica legislativa, contrarie alle indicizzazioni, venutesi affermando, con sempre maggiore vigore, nel nostro paese (sono note le ultime vicende sul contenimento della scala mobile dei lavoratori) in sintonia con un generale orientamento negativo su scala internazionale. È opportuno qui dire che mi pare durata sin troppo a lungo la indicizzazione dei crediti, esplicita e perdurante come nel caso dei crediti di valore, surrettizia e strisciante, come nel danno da mora di quelli di valuta. Non può non rilevarsi la stranezza che la indicizzazione sia stata da noi introdotta e viga tutt'ora per prassi di giurisprudenza e pare francamente eccessivo che il nostro paese, senza alcun intervento del legislatore, sia potuto entrare nel ristretto novero dei paesi indicizzati, affiancandosi al Brasile e ad Israele, dove però ciò è accaduto per dettato legislativo.

Non si disconosce che il cammino dell'umanità sia stato accompagnato dall'aspirazione ad una moneta dal valore immutabile, al punto che i nostri antichi sono ricorsi nei loro conti, per tanti secoli, a quella moneta che non è mai stata coniata da alcuna zecca e che L. Einaudi ha chiamato «moneta immaginaria»⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Cfr. *La stima del danno nel tempo ecc.*, loc. cit.

⁽⁷⁾ L. EINAUDI, *La moneta immaginaria da Carlo Magno alla rivoluzione france-*

E tuttavia, da quando codesta moneta immaginaria non è stata più utilizzata nei suoi conti dall'Europa di due secoli fa, ogni moneta circolante nei vari paesi, sia nel suo potere solutorio legale, sia nei suoi conti, è stata ancorata a quello che è stato definito da Savigny l'unico valore veramente astratto e cioè il valore nominale⁽⁸⁾.

Da noi codesto principio nominalistico fu ribadito nella sua importanza fondamentale dall'art. 1277 c.c. del 1942, malgrado la elevata inflazione di quegli anni. È bene ricordare, al riguardo, che l'art. 1224, 2° comma, introdotto per colmare la lacuna circa la risarcibilità del danno da mora colposa invece che solo dolosa⁽⁹⁾, è potuto sopravvivere alla soppressione della commissione ministeriale⁽¹⁰⁾, dopo che erano state tranquillizzate le preoccupazioni di coloro che temevano interpretazioni eversive del principio nominalistico⁽¹¹⁾. È risaputo come poi siano andate a finire le cose, nella rincorsa di una moneta immaginaria dal valore immutato.

Che il tentativo di riallineare i valori monetari al mutato potere di acquisto fosse una chimera, lo ebbe ad anticipare nell'800 un grande economista come Marshall⁽¹²⁾, laddove scrisse che «è non solo inattuabile ma impensabile misurare il potere di acquisto della moneta». Ognuno sa come il sistema dei prezzi relativi (cioè delle varie merci tra loro) non corrisponda a quello dei livelli dei prezzi dei medesimi tempi e come gli indici siano numerosi e diversi tra loro. E poiché l'inflazione opera una redistribuzione dei redditi tra le varie categorie sociali (talune salgono, altre scendono), lo spostamento acquista particolare rilievo, in epoca di inflazione da domanda, a favore del ceto emergente costituito dalle famiglie operaie ed impiegatizie. La pretesa di indicizzare i crediti di chichessia al livello dei prezzi del paniere di merci destinate al consumo della famiglia tipo operaia-impiegatizia, e così alla crescita di reddito da essa conquistato, pare davvero eccessiva. Le sezioni unite, con questa decisione, hanno voluto semplicemente rimettere le cose al loro naturale posto.

se, in *Rivista di storia economica*, 1936.

⁽⁸⁾ F.C. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, Torino, 1912, I, § 40, pp. 377 ss.; § 41, pp. 395 ss.

⁽⁹⁾ Per i precedenti storici della norma, v. *La stima del danno nel tempo ecc.* cit., pp. 338-39.

⁽¹⁰⁾ V. *op. ult. cit.*, p. 339, nota 32.

⁽¹¹⁾ In particolare il principio nominalistico ebbe strenui difensori nei commissari Asquini, Berio e Facchinetti con riguardo al fatto che esso era espressione di quello dell'autorità dello Stato, particolarmente in auge in quel periodo.

⁽¹²⁾ MARSHALL, *Opere*, Torino, 1972, pp. 136, 137, n. 199, pp. 227, 356-9.

Che il maggior danno da mora possa essere individuato nell'indice di aumento dei prezzi del paniere di merci destinate al consumo di tale ceto, è ammissibile se ad essere creditore sia un modesto consumatore (cioè un operaio, un impiegato, un pensionato, ecc.). Ma che la rivalutazione possa essere generalizzata a favore di chiunque, come se avesse verosimilmente speso quel credito in quel paniere di merci di consumo, non è corretto né ragionevole. Questo, e non altro che questo, hanno inteso dire le sezioni unite, dapprima affermando l'esigenza di un giudizio personalizzato ed ora con questo giro di vite. Ci sarebbe stato, se mai, da stupirsi che le sezioni unite avessero continuato sulla strada di codesta indicizzazione generalizzata, in un contesto di politica economica e legislativa, quale quello emerso in occasione delle note vicende della scala mobile.

I rilievi che precedono, tradotti in termini giuridici, si risolvono nel negare vuoi l'applicabilità delle presunzioni a soggetti diversi dal modesto consumatore, vuoi la loro efficacia probatoria e comunque il nesso causale *ex art. 1223 c.c.*

È poi a revocarsi in dubbio la risarcibilità in astratto di un tale maggiore danno sotto il profilo della non prevedibilità del tasso di inflazione *ex art. 1225 c.c.*, in ipotesi di inflazione galoppante, quale si verificò alcuni anni addietro, sia ora in ipotesi di tasso tendenziale di inflazione pari al 6%.

3. - Il discorso imperniato sulla rivalutazione monetaria sta perdendo vieppiù di importanza, mano a mano che procede il rapido rientro dalla inflazione ed il relativo tasso scende al valore del saggio legale di interesse.

Il maggior danno da mora, sin qui individuato nel differenziale tra interesse legale e tasso di inflazione, finirà fra poco per non essere più ipotizzabile, in quanto tale, come ha correttamente rilevato Pardolesi. Esso sin d'ora può ritenersi non risarcibile, perché il tasso tendenziale dell'inflazione al 5% o poco più costituisce un obiettivo limite alla prevedibilità.

È venuto per contro e per logica di eventi acquistando sempre maggior evidenza quello che è e resta l'autentico danno ulteriore contemplato dall'art. 1224, 2° comma. Esso, come già ebbero a rilevare in passato, è quello costituito dalla inadeguatezza dell'interesse legale rispetto al rendimento normale o al costo di rimpiazzo del danaro, cioè dal differenziale tra saggio legale e saggio di mercato dell'interesse monetario.

Come abbia potuto accadere negli anni testé decorsi che un tale discorso sia passato in seconda linea rispetto a quello imperniato sullo scarto col tasso inflazionistico e perciò sulla rivalutazione, è presto detto. Sino a non molto fa il costo del denaro è rimasto notevolmente al di sotto del tasso inflazionistico, a causa di una tendenza generale a non investire e perciò di

una scarsità della domanda di credito a fronte di una elevata liquidità del sistema e quindi di una abbondanza di offerta di danaro⁽¹³⁾. È stata una caratteristica assolutamente particolare della nuova inflazione (stagflazione, slumpflazione) la circostanza che gli interessi reali (cioè gli interessi nominali ragguagliati al tasso inflazionistico) sian stati negativi. In questi ultimi tempi la situazione si è capovolta, con la ripresa degli investimenti e della domanda di credito. Gli interessi nominali di mercato sono tornati ben al di sopra del tasso inflazionistico e perciò gli interessi reali sono tornati positivi, come del resto era la regola in tempi normali.

E così, mentre prima prendevasi a riferimento (ed a mio avviso non correttamente) il più alto tasso inflazionistico, oggi lo *spread* torna a commisurarsi al tasso di interesse nominale di mercato. La caduta verticale del tasso di inflazione a livello del saggio legale di interesse, come si è detto, fa sì che non possa più ipotizzarsi sotto tale profilo, un danno ulteriore *ex art.* 1224, 2° comma, mentre al contrario esso torna a riavere il suo naturale riferimento nell'interesse di mercato.

Sono d'accordo con Amatucci e Pardolesi che «l'ulteriore risarcimento di cui all'art. 1224, 2° comma, si giustappone e non si aggiunge, a quello, forfettario, del 1° comma», perché rileva solo quella parte che non è «assorbita dal *forfait* moratorio». Il «maggior danno» ipotizzabile, finisce perciò per essere quello costituito dal differenziale col rendimento normale o col costo di ricopertura del danaro.

Si può stare certi per il futuro che anche il modesto consumatore si guarderà bene dal dedurre e provare tale sua qualità e perciò dall'invocare il criterio della rivalutazione monetaria, e sicuramente pretenderà di essere trattato come un risparmiatore per potere fruire del differenziale più alto. Con il che gli eventi da soli hanno corretto tutto il discorso in fatto di maggior danno, riponendolo sui suoi ovvi binari.

Le indicizzazioni giurisprudenziali finiscono per perdere di significato in senso generale (cioè anche a proposito dei c.d. crediti di valore) e per rivelarsi strumento inadeguato di risarcimento del danno da durata (come quello da ritardo), oltre a porsi al di fuori delle linee di politica legislativa.

L'orientamento odierno delle nostre sezioni unite coglie la realtà dei fatti più di quanto appaia. È opportuno peraltro aggiungere che il parametro costituito dallo scarto tra interesse legale ed interesse di mercato è dominante nella dottrina e nella giurisprudenza germanica⁽¹⁴⁾, mentre in Francia il problema non rileva perché il tasso legale è stato dal legislatore

(13) Effetto di HARROD, sul quale v. RUOZI, *Inflazione, risparmio ed aziende di credito*, Milano 1976, pp. 538 ss.

(14) V. citazioni giurisprudenziali e dottrinali in B. INZITARI, in *Credito e moneta*, Milano, 1982, pp. 616 ss.

ancorato a quello ufficiale di sconto. Da noi un tale criterio è stato adottato dal legislatore in materia di ritardo nel pagamento del prezzo di una compravendita internazionale di cosa mobile, attraverso la ratifica, con legge 21 giugno 1971 n. 816, della convenzione dell'Aja 1° luglio 1964, che agli art. 63-83 fissa un tasso standardizzato dell'1% al di sopra del tasso ufficiale di sconto.

Assume particolare importanza il fatto che il riferimento al maggior interesse corrente abbia ricevuto il suo riconoscimento dalle convenzioni internazionali, in materia di compravendita di cose mobili, come quella dell'ONU - 11 aprile 1980, oltre a quella sopra citata dell'Aja.

4. - Non è dubbio che l'unico discorso scientificamente corretto ed accettabile sul piano giuridico sia quello imperniato sul differenziale tra interesse legale ed interesse di mercato. Il danaro, con buona pace di chi discorre della sua «naturale redditività», è un bene che di per sé non produce frutti⁽¹⁵⁾, cioè interessi. In questo senso, come diremo più oltre, non si riesce a cogliere la logica di chi, nel caso dei crediti di valore, alla rivalutazione monetaria aggiunge gli interessi, perché si tratterebbe di interessi compensativi e perciò giustificati dalle naturale fruttuosità del danaro, come bene ha osservato Amatucci e di cui *infra* discorreremo. Gli interessi monetari ricorrono solo nel caso di prestazioni differite nel tempo e cioè sono fenomeni inscindibilmente legati al credito.

Ognuno sa che la gente preferisce un bene presente ad un bene futuro (*time preference*)⁽¹⁶⁾. Correttamente, sotto tale profilo, gli interessi sono stati definiti da un grande economista, il Bohm-Bawerk, l'aggio di deprezzamento di una prestazione di danaro differita rispetto a quella immediatamente disponibile⁽¹⁷⁾. E cioè, come già dissi, gli interessi altro non sono che il saggio di apprezzamento di una prestazione a pronti rispetto ad una identica prestazione di danaro differita⁽¹⁸⁾.

Un altro aspetto posto in rilievo dagli economisti è che l'interesse è caratterizzato da un alto premio di liquidità, ed è perciò tipico del danaro, per la sua versatilità a tutti gli impieghi. Sotto tale riguardo apparirà la contraddizione inaccettabile di chi fa decorrere gli interessi sui crediti di valore, che tuttavia continua a qualificare come assolutamente diversi da

(15) V., per tutti i giuristi legati all'assioma della normale redditività del danaro, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, II, 2, § 115, p. 345.

(16) FISCHER, *Opere*, Torino, 1974, pp. 814-833; KEYNES, *Opere*, Torino, 1975, pp. 325, 343.

(17) BOHM-BAWERK, *The Positive Theory of Capital*, London, 1891, p. 249.

(18) V. il mio *Riflessi sui crediti di valore ecc.*, cit.

quelli di valuta. L'interesse, inerendo ad una prestazione differita, viene inteso correttamente come corrispettivo del «risparmio», che altro non è se non una rinuncia ad una disponibilità presente in vista di una analoga in futuro. E poiché il danno da mora consiste nel differimento *ope debitoris* della liquidità immediata, esso si traduce in un risparmio forzato che deve trovare il suo risarcimento negli interessi normali⁽¹⁹⁾. È notorio fra gli economisti che il tasso di mercato dell'interesse si stabilizza al punto in cui la domanda di investimento si equilibra con l'offerta di risparmio⁽²⁰⁾ e così la produttività marginale del capitale con la disutilità marginale dell'attesa⁽²¹⁾.

Alla base vi sono anche le aspettative razionali relative al tasso inflazionistico, alla futura offerta di risparmio, alla domanda di credito e così via. Tale relazione è stata colta anche da Corte cost. 23 aprile 1980, n. 60, *Foro it.*, 1980, I, 1249; e chi scrive accennò alle leggi di correlazione diretta ed inversa (*ibid.*, 118, cui rinvia).

Il saggio legale di interesse, che è quello predeterminato dalla legge per i rapporti di diritto privato, come misura suppletiva, nel silenzio della volontà delle parti, non ha potuto e non può, in ragione della sua rigidità, tenere dietro all'evoluzione del tasso di mercato⁽²²⁾. Il saggio legale è rimasto fermo al 5% dal tempo napoleonico ad oggi, e tale misura ha tutta una sua storia di relazioni col tasso di mercato del tempo delle codificazioni, da quella francese alla nostra del 1940 (allorché il tasso ufficiale di sconto era fermo al 5% dal 1905 ed il rendimento dei BOT, nel periodo 36-39, era del 4,99%)⁽²³⁾.

La preoccupazione per lo scarto tra interesse legale ed interesse di mercato e così per la frode del debitore nell'approfittarne, o per il danno del creditore che fosse costretto a «prendre de l'argent sur la place, a neuf ou a dix pour cent» fu ben presente a Cambacères, a Jolivet e agli altri legislatori del più antico codice napoleonico e si trasmisero a Pisanelli, a

(19) Per maggiori riferimenti sul punto, v. *La stima del danno nel tempo ecc.*, cit., p. 337.

(20) CASSEL, *Nature and Necessity of Interest*, 1928, pp. 126 ss.

(21) CARVER, *Distribution of Wealth*, 1922, cap. n. 6.

(22) Concorro con Amatucci sul punto.

(23) Malgrado il fatto che il tasso di inflazione del 1936 al 1940 avesse superato l'80%, tuttavia il principio nominalistico fu tenuto fermo dal legislatore con l'art. 10 del progetto preliminare e l'art. 1277 del testo definitivo. La relazione ministeriale al codice ha giustificato il mantenimento del saggio legale al 5% col motivo che esso corrispondeva al tasso ufficiale di sconto, fermo a quella misura del 1905, mostrando perciò in quale direzione andasse ricercato il danno ulteriore.

proposito del progetto del codice del 1865 e così via⁽²⁴⁾. Non pare perciò dubbio che la copertura dello scarto tra l'interesse legale e quello di mercato corrisponda al risarcimento del maggior danno da mora di cui all'art. 1224, 2° comma.

Codesto risarcimento in tale misura (per quanto dissi in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, pp. 344 ss.), è anche l'unico che corrisponda ai requisiti di cui agli art. 1223, 1225, 1227 c.c.

5. - Le sezioni unite, riguardo al caso dell'operatore economico, accennato nella ipotesi alternativa, «suggerita dalle sentenze del 1979», del mancato guadagno, da investimento diverso da quello creditizio, come maggior danno rispetto a quello «qui aggiunto» del costo del danaro, non vanno oltre una apparente conferma di superficie; e, a ben vedere, prendono le distanze dal vecchio orientamento. Le sezioni unite mostrano di prediligere il riferimento al costo del danaro per la semplicità della prova, mentre sottolineano, a proposito del mancato guadagno, la «complessità della prova» ed il rigore della sua valutazione, cioè la inutilizzabilità delle presunzioni.

Dove però si misura la grande distanza tra questa decisione e l'orientamento precedente, è rispetto ai limiti di risarcibilità del mancato guadagno, che viene correttamente ridotto alla redditività marginale del danaro nel conto economico dell'impresa. Ciò equivale al costo finanziario del flusso di liquidità mancato ed in definitiva all'interesse attivo bancario, che ne è il costo di rimpiazzo.

Per meglio intendere questo aspetto della decisione occorre fare un passo indietro. Le decisioni del 1979 proponevano che si avesse riguardo al risultato medio dell'attività di un certo periodo di tempo e ciò venne criticato da chi scrive (in *Foro it.*, 1980, I, p. 118), perché equivaleva «ad avventurarsi nel campo dell'opinabile, a congetturare guadagni personali», ecc. Osservai in particolare che finiva per essere escluso dal risarcimento chi aveva un intenso interesse all'adempimento puntuale, come l'operatore che lavorava in pareggio od in perdita. Ed aggiunsi: «quel che occorrerebbe dimostrare oltre tutto non è il guadagno, ma l'incidenza del credito nella formazione del guadagno, cioè la sua redditività marginale».

In ultima analisi, ciò finiva per corrispondere all'incidenza degli oneri passivi e, quindi, all'interesse bancario quale costo di rimpiazzo. Questa

(24) A proposito del saggio di interesse legale, si svolse una ampia discussione, sugli artt. 1153, 1907 del codice napoleonico al Consiglio di Stato, nelle sedute dell'11 brumaio e del 7 piovoso dell'anno XII; relativamente al nostro codice del 1865, v. relazione PISANELLI al senato sul libro III.

decisione delle sezioni unite ha il merito di avere colto in modo penetrante questo aspetto del discorso.

Essa riconosce che, nel caso di un operatore che lavora in pareggio o in perdita, deve aversi esclusivo riguardo all'interesse bancario.

La parte più significativa della motivazione è laddove però essa assume «il risultato medio dell'attività in un certo periodo» solo come «base da cui inferire la redditività (marginale) media dell'investimento», per poi meglio e più puntualmente precisare che «il creditore deve fornire gli elementi necessari a stabilire la redditività del danaro investito nell'impresa». Le sezioni unite mostrano qui di cogliere la distinzione tra redditività marginale dell'impresa e quella del danaro investito in essa, come singolo fattore di produzione del reddito che deve ricevere remunerazione distinta dagli altri fattori.

Tale redditività marginale può essere anche superiore od inferiore al costo normale del danaro. Nella misura in cui essa è superiore, indurrà la convenienza al rimpiazzo con quello da prendere a prestito. Sovente essa è tuttavia inferiore e si pone come limite di non convenienza all'indebitamento. La redditività marginale del danaro da investire, nel suo livello più alto, finisce perciò per corrispondere all'interesse bancario.

Ciò, a mio avviso, è stato intuito dalle sezioni unite. Correttamente Pardolesi ha rilevato in proposito, dopo avere sottolineato le difficoltà dell'individuare la redditività marginale dell'impresa, che «la corte non è punto propensa a fare quadrato intorno a questo criterio», «anzi lo molla decisamente in favore dell'altro» e cioè dell'interesse monetario.

Amatucci e Pardolesi, a proposito del risparmiatore, traggono lo spunto dalle più recenti evoluzioni degli indici azionari, per domandarsi fin dove possa condurre il criterio stabilito dalla Suprema corte. La decisione delle sezioni unite non pare autorizzare grandi spazi interpretativi al riguardo: essa contiene un solo cenno «al rendimento dei titoli azionari», che ha il suo equivalente nell'interesse monetario.

Altro è il discorso a proposito di un guadagno o di una perdita di capitale conseguente alla variazione dei loro corsi e nessun cenno è stato fatto, al riguardo, dalla Suprema corte. Essi invero sono danni del tutto problematici ed imprevedibili, *ex art. 1225*, è perciò non risarcibili. Come può dirsi da un giudice, e con quali argomenti, che era prevedibile ed in quale misura l'impiego che il creditore avrebbe fatto del danaro, per sua natura versatile ai vari tipi di impiego, a quale fra essi, per quale durata l'avrebbe conservato, quando e con quale esito disinvestito?

I canonisti al riguardo, per prevenire usure ingiustificate senz'altro rischio che il senno dei poi, seguivano la teorica di Mohedano, che prescriveva correttamente la preventiva notifica del tipo di investimento pre-

scelto del creditore al debitore⁽²⁵⁾. Si ricorda qui che il lucro cessante va liquidato con moderazione *ex art.* 2056, 2° comma, c.c.⁽²⁶⁾.

Il risarcimento del risparmiatore abituale non può spingersi oltre, a mio avviso, all'interesse bancario attivo, cioè al costo di rimpiazzo del danaro, attuandosi *ex art.* 1227 quell'onere di collaborazione attiva circa un bene tipicamente fungibile (come scrissi in *Evitabilità del maggior danno ex art. 1227, 2° comma, c.c. e rimpiazzo della prestazione non adempiuta*, in *Foro it.*, 1984, I, pp. 2820 ss.). Diversamente, il danaro verrebbe considerato infungibile o il dovere di cooperazione non andrebbe oltre la mera attesa della prestazione del debitore, cioè sarebbe privo di senso.

6. - Passiamo ora alle controverse categorie economiche scelte alla base delle presunzioni dalle sentenze del 1979 e tenute ferme da questa, anche se sfrondate da quella dei «creditori in genere» che era una non categoria. Essa, del resto, ha il suo equivalente in quella del creditore occasionale. A loro riguardo può concordarsi nel rilievo di una sostanziale genericità (l'autore di queste righe ne scrisse in senso critico in *Foro it.*, 1980, I, 118 ss.).

Alla luce, però, del tipo di impiego del danaro individuato ora come normale per ciascuna di esse (c.d. istruzioni per l'uso dell'amico Pardolesi), anche codeste categorie assumono un significato diverso e più giustificato di quelle del 1979.

Concordo qui con Amatucci che «negli intenti del Supremo collegio appare assai più che meramente esemplificativa» l'indicazione delle normali modalità di impiego del danaro proprie di ciascuna di esse. Vale la pena di ricordare che nelle decisioni del 1979 la mera appartenenza a questa o a quella categoria avrebbe dovuto condurre alla presunzione quantitativa del mancato guadagno, tenuto conto «delle condizioni e qualità personali», o quantomeno alla rivalutazione monetaria. Questa finiva così per divenire pressoché l'unico rimedio a portata di mano. Molte delle

(25) Dall'autorità del MOHEDANO, uditore della Rota romana, in fatto di lucro cessante, cui corrispondevano le c.d. clausole castrensi (dall'autorità di Paolo di Castro) in fatto di limiti di risarcibilità del danno emergente. Sull'orientamento dei canonisti, v. NANNI, in *Archivio Serafini*, 1876, pp. 226 ss.

(26) Il precetto per cui il lucro cessante va liquidato «con equo apprezzamento delle circostanze del caso», *ex art.* 2056, 2° comma, c.c. si discosta dal principio del risarcimento integrale e si riconduce, a mio avviso, all'orientamento sopra indicato dei canonisti che continuò nell'insegnamento del Pothier, il quale raccomandava moderazione nella liquidazione del danno e, accolto in un primo tempo dall'art. 47 del progetto del codice napoleonico, fu successivamente abbandonato.

mie precedenti critiche concernevano l'arbitrarietà del ricorso a presunzioni in cui il dato noto era a sua volta ignoto o presunto sulla base di ipotetiche qualità e condizioni personali, per poi dedurne il mancato guadagno, che era sempre supposto.

Ora, per contro, le sezioni unite hanno fissato l'impiego normale secondo l'*id quod plerumque accidit* per ciascuna categoria in modo appropriato; ed il parametro è congruo allo scopo. Siamo così di fronte ad un operatore economico che investe il danaro nella sua impresa, anche ricorrendo al credito bancario, al risparmiatore che, lungi dal correre rischi, investe in titoli a reddito fisso od in depositi bancari, al consumatore che subisce il rialzo dei prezzi. Entro questi limiti, e cioè riferita al modesto consumatore, anche la rivalutazione monetaria ha una sua logica ed appare accettabile.

Quanto alle altre categorie, in via presuntiva non può che ricorrersi all'interesse attivo o passivo bancario, perché diversamente le sezioni unite correttamente pretendono che il creditore offra gli elementi di prova, definita complessa, che è quanto escludere la presunzione e l'utilità della classificazione per categoria.

7. - Trattasi ora di fornire indicazioni più precise a proposito del tasso di interessi, cui deve aversi riguardo.

Le sezioni unite hanno correttamente indicato, nel caso dell'operatore economico, l'interesse bancario attivo, che egli paga in via di rimpiazzo. Non penso occorra prova specifica dell'utilizzo di quel credito a quel tasso, bastando quella del tasso a lui praticato dalla banca, in via di presunzione. Nel caso di mancanza di una tale prova, il giudice potrà ricorrere ai dati di esperienza notori, quali il *prime rate* (tasso per la clientela migliore) o quanto meno il tasso ufficiale di sconto (quello praticato dalla banca centrale agli istituti di credito), concordando tuttavia ora con Pardolesi che essi hanno valore suppletivo di riferimento. Un discorso analogo va fatto per il creditore in genere che deduca e provi di non avere potuto fare un migliore investimento di quello presunto, quale costo di ricopertura del danaro da impiegare *ex art.* 1227.

Le sezioni unite hanno indicato per il creditore in genere il tasso sui depositi bancari o sui titoli a reddito fisso. A mio modo di vedere, data anche la sempre più larga diffusione dei servizi di informazione finanziaria, deve aversi riguardo al tasso medio del tipo di investimento più redditizio (oggi è quello in BOT, CCT, ecc.).

8. - E veniamo da ultimo, perché la nota di Amatucci offre ampio spunto al riguardo, a quella categoria di crediti che sono dalla dottrina e dalla giurisprudenza considerati indicizzati: cioè ai crediti di valore. Que-

sta costruzione dogmatica, a mio avviso, è priva di fondamento teorico, come già ebbi a rilevare in uno scritto sul tema, menzionato in esordio. Ivi ebbi anche a spiegare che non è ipotizzabile in alcun modo che gli interessi monetari, anche solo a livello di saggio legale, abbiano a maturare con riguardo ad un tale credito perché sono tipici di quello di valuta.

È la conclusione cui ora perviene Amatucci, che peraltro tiene ferma codesta categoria dei crediti di valore, nel novero dei quali *in primis* figura quello al risarcimento del danno. Si è sopra accennato come gli interessi di un credito di valore non siano giustificabili in alcun modo: non per la pretesa redditività del danaro, perché accederebbero a crediti di valore e non di valuta, e neppure in ragione della loro precipua caratteristica del premio di liquidità. Amatucci osserva correttamente come essi non possano giustificarsi sotto il profilo di interessi compensativi, perché non ineriscono a crediti liquidi, come vuole l'art. 1282 c.c. Il credito di valore, perciò, comporterebbe solo la rivalutazione monetaria, senza interessi.

Ognuno già si avvede della inadeguatezza di un tale criterio in materia di risarcimento del danno.

Ciò acquista speciale evidenza oggidì in una fase caratterizzata — come s'è detto — dal rapido calo del tasso inflazionistico e di quello tendenziale che segna la misura della sua prevedibilità in specie ed invece dal permanere di alti tassi di interessi, al di sopra dell'inflazione (interessi reali). Nel caso limite di una inflazione «a tasso zero o addirittura negativo», quale si sta verificando ora in Germania, il danneggiato riceverebbe a distanza di anni il medesimo indennizzo monetario dovutogli o addirittura uno inferiore e non sarebbe compensato per il ritardo. Il danneggiante, per contro, sarebbe incentivato a dilazionare la prestazione dell'indennizzo. Non può tuttavia ipotizzarsi, per una intima contraddizione concettuale, l'aggiunta degli interessi.

In un altro senso, e questa volta per eccesso, il criterio della rivalutazione monetaria manifesta la sua inadeguatezza.

Si tratta del caso, tutt'altro che infrequente, in cui il danneggiato sia un estero-residente che non viva e non spenda in Italia, sì da non esser pregiudicato dalla crescita del costo della vita. La nostra dottrina e la giurisprudenza, sul presupposto teorico del credito di valore, rivalutano l'indennizzo a favore di codesto straniero in base agli indici dei prezzi al consumo interni⁽²⁷⁾, invece della perdita di cambio, come nelle obbliga-

⁽²⁷⁾ Così per la rivalutazione del credito del lavoratore estero-residente: Cass. 16 maggio 1981, n. 3239, *Foro it.*, 1982, II, p. 779; 17 marzo 1980 n. 1769, *id.*, 1980, I, p. 1951; *contra* v. G. VALCAVI, *Se il credito di un lavoratore estero-residente sia rivalutabile ex art. 429, 3° comma, c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, pp. 505 ss. E per la

zioni di valuta⁽²⁸⁾. Più in generale, appare arbitraria un'indicizzazione generalizzata ed automatica di una intera categoria di crediti, come pure lo scambiare un indice ristretto di prezzi per un valore astratto ed universale, che sarebbe da riconoscere *ex lege* invece del valore nominale.

Questo orientamento delle sezioni unite è suscettibile di sviluppi in questa direzione.

L'inadeguatezza del criterio, basato sulla rivalutazione monetaria, è da ultimo avvertita da Amatucci là dove scrive: «la percezione dell'equità o della iniquità della soluzione viene istintivamente da ciascuno correlata alla redditività media del danaro nel frattempo», *scilicet* all'interesse di mercato, che egli coglie coi riferimenti a quelli sui depositi bancari, sui BOT, cui CCT, ecc. Detta inadeguatezza è destinata a crescere col calare dell'inflazione ed il permanere invece della normale redditività del danaro a buon livello.

Il riferimento all'interesse di mercato (invece che alla rivalutazione monetaria), come saggio di attualizzazione dei valori nel tempo, è quanto vado da tempo sostenendo. Ovviamente, ciò postula che si abbandoni la costruzione del credito di valore come contrapposto a quello di valuta e lo si riduca, come nel caso tipico del risarcimento del danno, alla sua intima essenza di credito illiquido di moneta. E poiché oggi, contrariamente ad un tempo, vige il principio che *fit mora in illiquidis*, deve riconoscersi il diritto del creditore al risarcimento del danno di mora, anche nei crediti illiquidi⁽²⁹⁾ sotto la forma di interessi e di differenziale col rendimento normale del danaro *ex art.* 1224, 1° e 2° comma, come ebbi a sostenere da ultimo in *Foro it.*, 1984, I, p. 2920.

È quanto: *a*) assumere la moneta avente solutorio legale anche a moneta di conto, qual è, abbandonando il riferimento e parametri estrinseci quali indici di prezzi, ecc. e la distinzione tra credito di valuta e credito di valore; *b*) applicare l'art. 1224 al danno da mora in genere, sia che inerisca a crediti liquidi, sia a crediti illiquidi⁽³⁰⁾; *c*) il riconoscere all'interesse di

rivalutazione del risarcimento del danno extra-contrattuale, allo straniero, sul presupposto che si tratta di un credito di valore, v. G. CAMPEIS e DE PAULI, *La r.c. dello straniero*, Milano, 1985, 392-429, e giurisprudenza ivi citata: App. Venezia, 30 aprile 1980; Trib. Udine 13 dicembre 1979; Trib. Venezia 27 aprile 1978; Pret. Patti 21 luglio 1979.

⁽²⁸⁾ G. VALCAVI, *Il corso di cambio ed il danaro da mora nelle obbligazioni in moneta straniera*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 251.

⁽²⁹⁾ Cass. 15 aprile 1959, n. 1105, *Foro it.*, Rep. 1959, voce *Obbligazioni*, n. 206; 12 gennaio 1976, n. 76, *id.*, Rep. 1977, voce *Contatto in genere*, n. 42, fra le molte.

⁽³⁰⁾ Non v'è alcuna ragione teorica perché il debitore non debba risarcire il danno

mercato la sua funzione di universale saggio di attualizzazione dei valori nel tempo in sintonia con i risultati della scienza economica moderna.

Ed è anche la strada più semplice e coerente, che demotiva il ritardo del debitore e risarcisce il danno del creditore.

Lo scritto è stato richiamato da:

Foro it., 1986, I, p. 219, nota a Cass. civ. 7 aprile 1986 n. 2415; R. PARDOLESI, *Le sezioni Unite sui debiti di valuta ed inflazione: Orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, *Foro it.*, 1986, I, p. 1272; Banca, Borsa e titoli di credito, 1989, II, p. 578 nota; V. DE LORENZI, *Obbligazione, parte generale, sintesi di informazione*, *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 257, 259; M. EROLI, *Tutti i creditori sono uguali, ma i modesti consumatori sono meno uguali degli altri*, *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 1280; T. CAVALIERE, *Nota in tema di risarcimento del danno da svalutazione per inadempimento di obbligazioni pecuniarie* in *Giur. it.*, 1990, I, 1, pp. 764, 767; R. CARANTA, *La rivalutazione automatica dei crediti previdenziali: un arret de reglement della Corte Costituzionale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1991, p. 44, nota 2; F. LAPERTOSA, *Interessi e rivalutazione monetaria verso il computo semi-automatico*, *Giust. civ.*, 1991, pp. 222 e 225, nota 1 e 9.

da mora dei crediti pecuniari illiquidi, secondo le norme generali in materia di obbligazioni pecuniarie. La mora non suppone la trasformazione del credito da illiquido in liquido (arg. ex art. 1219, 2° comma, n. 1, c.c.). perciò gli interessi che si accompagnano ai crediti illiquidi sono quelli moratori, a differenza di quelli compensativi, che accedono solo ai crediti liquidi. Non v'è, peraltro, motivo perché non debba essere risarcito anche l'ulteriore danno ex art. 1224, 2° comma, stante l'inadeguatezza del tasso legale. In tale modo l'indennizzo, anche nei crediti illiquidi, è parametrato sul normale rendimento del danaro, come intuisce il comune cittadino, secondo quanto correttamente rileva Amatucci. Concordo quivi peraltro con lui sull'importanza di approfondire gli studi in materia di interessi monetari, la cui funzione correlata alla *utilitas temporis* è identica sia che si tratti di interessi moratori sia di interessi compensativi.