

GUIDO ALPA
Note sul danno contrattuale

1. Una premessa

Il rinnovato interesse della Commissione europea per la raccolta in un quadro sistematico di principi inerenti il diritto privato – per il momento circoscritta al diritto contrattuale e alla vendita (Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese, COM (2010) 348 def., del 1.7.2010)– costituisce una ulteriore sollecitazione all’esame del testo del Draft Common Frame of Reference (v.Bar, Clive, Schulte Nolke, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law.Draft Common Frame of Reference, Monaco, 2009) e delle opere che hanno preceduto e accompagnato e seguito la sua pubblicazione, dapprima come “progetto” poi come outline edition e poi come testo commentato. Mi riferisco in particolare al commento, pubblicato in più volumi, a cura dello Study Group on a European Civil Code (Monaco, 2009-2010), alle indagini sulla terminologia e sui principi del diritto privato europeo (European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Monaco, 2008) , ai trattati e ai saggi via via apparsi sulle riviste nonché alle relazioni congressuali (sul punto v. in particolare Alpa e Andenas, Fondamenti del diritto privato europeo, Milano, 2005; ed. riveduta Grundlagen des Europäischen Privatrechts, Heidelberg, 2009)

Tra gli argomenti di grande spessore che si sono affrontati campeggia quello del risarcimento del danno in caso di inadempimento contrattuale. Il tema è centrale nella teoria del contratto , della responsabilità e del danno, per dare alle cose un nome secondo le categorie utilizzate da dottrina e giurisprudenza dell’ Europea continentale. Nell’ esperienza inglese si preferisce collocare la problematica nell’ambito dei *remedies*,oltre che nell’ambito della trattazione dei singoli istituti.

A questo proposito è utile sottolineare che la redazione di un testo di principi volto a regolare il risarcimento del danno contrattuale non soddisfa soltanto le necessità a cui si fa riferimento quando si vuol giustificare l’opportunità di introdurre uno strumento opzionale – o, come si dice da parte di qualcuno – il ventottesimo modello giuridico dell’ Unione – ma soddisfa anche una esigenza ulteriore, additiva, e certo non trascurabile: quella di trovare all’interno di ogni modello un’armonia sufficiente per renderlo decifrabile ai suoi giuristi, e, all’esterno di essi , regole in cui si possano comporre, combinandoli, principi comuni, e, ove tali principi non siano rinvenibili, principi nuovi accettabili da parte di tutti gli esponenti degli interessi incisi.

L’argomento è introdotto, come si vede, con mote cautele. La ragione è semplice: il risarcimento del danno contrattuale è considerato particolarmente complesso, e la materia vanta un retroterra nobile e ma veramente intricato. A partire dal diritto romano classico, attraverso i millenni, si sono infatti alternate teorie, soluzioni, tendenze che trovano espressione sia nei testi dei codici civili dell’ Europa continentale, sia nella case law inglese, sia nell’ amplissima elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

La storia è sempre utile, ma in questo campo assolutamente imprescindibile, perché ci spiega l’origine dei termini e dei principi oggi utilizzati nelle diverse esperienze e il radicamento di convinzioni, pregiudizi, differenze che ostacolano la individuazione di linee comuni, di soluzioni ravvicinate, di modelli normativi condivisibili.

Se si volesse arricchire questo discorso con un apparato bibliografico compiuto e una rassegna di casi adeguata, a questo argomento si dovrebbero dedicare parecchi volumi, piuttosto che non poche pagine riassuntive ed elementari come queste predisposte per una relazione seminariale. Ma anche se esaminato in termini elementari, il tema non perde il suo fascino

particolare, perché costituisce uno spicchio della problematica più generale, che riguarda i criteri di imputazione della responsabilità contrattuale, le restituzioni, le conseguenze dell'inadempimento e quindi incide direttamente le operazioni economiche compiute mediante il ricorso al contratto, sia da parte dei privati, sia da parte degli imprenditori, sia da parte di soggetti con status differenziato.

Per avviare il discorso conviene svolgere ancora qualche considerazione di carattere generale.

Di solito nei codici civili la materia è affidata a regole di natura generale; le disposizioni non sono dettagliate, ed in aggiunta esse includono termini che ben si possono definire clausole generali o espressioni molto elastiche. Il che dà luogo a due conseguenze di non poco momento: l'interprete si trova di fronte ad una materia da plasmare proprio perché le direttive che deve seguire sono piuttosto vaghe; in aggiunta, all'interprete è affidato un ampio potere di valutazione equitativa del danno. Perciò gli ambiti della sua discrezionalità sono assai larghi. Questi poteri sono al tempo stesso delimitati dalle prove, ma rafforzati dalle presunzioni.

Vi sono poi aspetti che connotano specificamente singole esperienze che appaiono poco conciliabili con i caratteri peculiari dei modelli concorrenti con i quali dovrebbero concorrere a formare un "quadro comune di riferimento". Ecco qualche esempio. Quasi in tutte le esperienze è escluso il risarcimento dei danni punitivi (o esemplari); in alcune di esse questa figura si nasconde sotto denominazioni e forme variegata; in altre esperienze essi sono ammessi. Quasi in tutte le esperienze è consentita la determinazione convenzionale del danno in termini di clausola penale; ma vi sono esperienze in cui la clausola penale è distinta da altri tipi di clausole, ed occorre fare complessi esercizi esegetici per distinguere le clausole conformi alla legge e quelle invece considerate nulle. Ed infine, nel common law è ammessa la scelta affidata al debitore tra adempimento e inadempimento con risarcimento del danno, mentre nelle esperienze continentali l'inadempimento volontario è sanzionato con l'obbligo di risarcire anche il danno imprevedibile.

Queste divergenze (tra le tante che si potrebbero declinare) non hanno scoraggiato i compilatori dei Principi Unidroit, dei Principles of European Contract Law e del Draft Common Frame of Reference, che sono addivenuti a proposte, per lo più uniformi, di regole applicabili in materia di contratti e quindi anche di danno contrattuale.

Per porre in evidenza le difficoltà incontrate dai giuristi appartenenti ai diversi gruppi di lavoro, e degli interpreti che si sono cimentati in questa fatica occorre ricostruire, il percorso, come se fosse un sottile filo rosso, di questa problematica e scorrere le varie fasi in cui si è articolata.

2. La tradizione del diritto romano

Il diritto romano e la tradizione medievale offrono pagine irte di difficoltà. Vi si sono dedicati, tra altri, giuristi illustri come Jhering, Mommsen e Kaser: il debitore è obbligato ad adempiere, e se non adempie la sua condanna diventa inevitabile: il diritto romano però presenta condanne diverse, secondo la formula applicata. La più frequente, nelle azioni ex stipulatu e in quelle ex testamento certi, era < quanti ea res est >, corrispondente al puro valore della cosa che doveva essere data; nei bonae fidei iudicia dominava l'interesse del creditore (< id quod interest >) e la condanna consisteva nel < quidquid ..dare facere oportet >. L'interesse già allora era distinto a seconda dei casi nell' *interesse positivo*, consistente nel vantaggio economico che avrebbe acquisito il creditore dal contratto adempiuto, e nell'*interesse negativo*, consistente nella collocazione del creditore nella situazione anteriore alla conclusione del contratto. Spiega Arangio Ruiz che la giurisprudenza era oscillante tra i due orientamenti, così come era incerta nell'includere nel risarcimento del danno, cioè nell'id quod interest, anche il lucro cessante oltre al danno emergente; il danno doveva essere però diretto e non poteva superare (per volere di Giustiniano) il doppio del valore della cosa (*Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1943, pp. 389 s.). In ogni caso vi era identità tra id quod interest e interesse positivo; l'interesse negativo si risarciva solo quando la

parte faceva valere l'azione di responsabilità per *dolus in contraendo* (Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 658).

Un grande studioso di diritto romano, Silvio Perozzi, chiarisce in modo esemplare le questioni che affliggevano i giuristi romani a proposito dell'obbligo imposto all'autore di risarcire il danno (*Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, II ed., p. 158 s.): <(…)Qui conviene fare un'avvertenza fondamentale. Nei diritti odierni è sancito il principio generale che chi ha per sua colpa cagionato un danno ad altri deve risarcirlo. Nel risarcimento del danno si pone anche la sanzione dei diritti di credito. Di qui la straordinaria importanza che ha assunto in codesti diritti la teoria del risarcimento del danno. Al diritto romano è ignoto l'uno e l'altro principio. Nessuna azione romana esprime coi termini della *condemnatio* che il giudice deve condannare il convenuto a risarcire il danno. Le formule *quod aequius melius erit, quanti ea res est, quid quid N.N.A.A. dare facere praestare oportet*, che sono le più late, non significano: ordine di condannare a risarcire. Fu la giurisprudenza a determinare che in certe azioni il giudice deve in base a codeste formule ordinare il risarcimento >. Il risultato dell'azione era altro: in particolare la restituzione, oppure il recupero del prezzo commerciale della cosa, o il recupero del valore della cosa.<(…)Quindi la teoria del risarcimento del danno è di origine e caratteri moderni. Vi si trovano però accostati fatti ed idee, cioè, oltre a quella di danno (...), di rapporto di causalità fra l'atto e il danno, di colpa, di risarcimento, che meritano di essere considerate insieme>.

E' quindi dalla manipolazione delle regole del diritto romano che nascono le moderne regole di risarcimento del danno.

Intanto, occorre tener conto del fatto che alla fine del Settecento i giuristi si trovano di fronte ad un divario: o applicare direttamente le regole del diritto romano (giustiniano) o tener conto del diritto intermedio. Anche il diritto intermedio pone molti problemi, essendo affidato al principio della pluralità degli ordinamenti, e al particolarismo. Accanto alla disciplina locale, con cui si governavano anche i rapporti tra privati attraverso gli statuti, occorre tener conto del diritto longobardo, e del diritto canonico, che pure ha inciso sulla evoluzione del diritto civile. In più, trattandosi di uno spazio temporale di quasi quindici secoli, la tradizione del diritto romano si era via via modellata sulla interpretazione dei glossatori, dei commentatori, dei "culti", nella contrapposizione tra *mos italicus* e *mos gallicus*. Insomma non era facile ai giuristi del Seicento e del settecento, ma neppure a quelli dell'Ottocento, individuare regole di tenore univoco basandosi sulle fonti romanistiche.

Secondo una ricostruzione (Volante, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, Milano, 2001, p. 441 ss.) nel periodo intermedio si erano proposte tre diverse interpretazioni della formula *id quod interest*: (i)il valore della prestazione come convenuto dalle parti, (ii)il valore di mercato della prestazione (cioè della cosa o del servizio),(iii) il valore attribuito alla prestazione dal creditore. Tra i giuristi più acclamati, Azzone identificava l'*id quod interest* con il fatto stesso del danno provocato al creditore dall'illecito della controparte o di un terzo. Jacques de Révigny, criticando questa nozione di danno riteneva al contrario che l'*id quod interest* non fosse un *fatto* (cioè la privazione patrimoniale oggettiva subita dal creditore) ma la *quantificazione* del danno determinato dall'inadempimento nella prospettiva della tutela dell'interesse del creditore (c.d. interesse *singulare*). In questo senso il danno non veniva a coincidere con il prezzo di mercato e neppure con il prezzo convenuto dalle parti, ma assumeva connotati soggettivi, corrispondeva cioè a quanto stimato dal creditore. In questo modo si superava anche la differenziazione del calcolo dell'interesse correlata alle diverse tipologie contrattuali, perché la regola aveva tenore universale.

Questa tesi non ebbe successo. Non fu accolta neppure dall'allievo di Révigny, Belleperche, che preferì tornare alla distinzione tripartita dell'interesse. E d'altra parte, fin tanto che si distinguono le obbligazioni di fare da quelle di dare, non è possibile assegnare la medesima soluzione a tutti i casi che si possono offrire all'interprete.

Nonostante il grande impegno dei glossatori e dei loro successori nel definire i confini del danno contrattuale, e nonostante che gli statuti avessero integrato e modificato le regole giustiniane come interpretate dai giuristi dell'età di mezzo, le regole originarie ebbero il

sopravvento: < il diritto romano ha finito per trionfare>, osservava Schupfer nel suo libro su Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento (vol.I, Torino, 1911, p. 266) .

3. Il modello napoleonico

Proprio riprendendo le fonti del diritto romano – definite in modo perentorio *la loi* - gli interpreti francesi cominciano ad impiegare la formula *danni-interessi* (<dommages-intérêts>)(Girard, *Manuale elementare di diritto romano*, trad.it.,Milano, Roma, Napoli, 1909, 658 ss.).

Poiché i giuristi francesi contemporanei si interrogano sul significato di questa endiadi, e si chiedono se si debbano separare i danni dagli interessi, può essere utile chiarire che l'espressione "interessi" usata dai Romani non riguardava gli interessi monetari, ma, come si è precisato, l'interesse del creditore, cioè il bene della vita a cui tende la sua pretesa. Molti sono perciò gli equivoci che si sono addensati su questa formula, dovuti anche al fatto che un conto è l'inadempimento di una obbligazione di dare una somma di danaro – che fa maturare interessi – altro conto l'inadempimento di una obbligazione di fare, un conto è un debito di valuta , altro conto un debito di valore. E gli interessi si dividono poi in diverse categorie, come si dirà appresso.

Per risalire alle origini della codificazione napoleonica occorre, come al solito , documentarsi con le pagine di Domat e di Pothier, dalle cui frasi i compilatori hanno tratto spesso di sana pianta il contenuto delle disposizioni del Code civil.

Con molta chiarezza e semplicità Domat (*Le leggi civili nel loro ordine naturale*, trad.it., Napoli, 1796, I, p.241 , Par.I, Lib.I,Tit.I,Sez.III) dice che chi non adempie le convenzioni è tenuto ai danni e interessi a favore dell'altra parte, <secondo la natura della convenzione, secondo la qualità dell'inosservanza, e le altre circostanze>. In altra sezione (la sesta) di questa parte Domat aggiunge però che la risoluzione per mancata esecuzione della prestazione importa le *restituzioni* e il *risarcimento di danno ed interessi* (op.cit.p. 279).

Pothier, nel suo *Traité des obligations selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur* (Paris, Orléans, 1768, I, pp. 176 ss.) spiega che si denomina *dommages & intérêts* <la perdita che qualcuno ha subito e il guadagno che ha mancato di fare>, come insegna il diritto romano, cioè L.13 ff.Rat.rem hab. *Quantum mea interfuit; id est, quantum mihi abest, quantum lucrari potui*>. "*Dommages & intérêts*" dunque indica sia il *danno emergente* sia il *lucro cessante*. Vien fatto quasi naturale sposare il danno emergente con <*dommages*> e il lucro cessante con <*intérêts*>. Anche Pothier fa riferimento ai diversi tipi di obbligazione, e fa appello alla "moderazione" nella stima dei danni accollati al debitore. Vi è una connessione causale tra inadempimento e danno, occorre valutare la colpa del debitore, l'assenza di cause di forza maggiore, e la prevedibilità del danno. I danni imprevedibili possono essere risarciti solo in caso di *dolo* del debitore.

Da queste formule semplici nascono le regole sulle quali poggia ancor oggi tutto il diritto continentale.

Le parole di Domat e di Pothier sono quindi traslate nel testo con forza di legge e sono collocate nel Libro III, sui contratti o delle obbligazioni convenzionali, dopo la disciplina della obbligazione di dare, di fare o di non fare, nella sezione IV del Tit.III, intitolata " des dommages et intérêts resultants de l' inexécution de l' obligation" . L'art. 1147 del Code civil recita perciò : <le débiteur est condamné ,s'il y a lieu, au paiement des dommages et intérêts> sia nel caso di mancata esecuzione sia nel caso di ritardo nella esecuzione;l'art. 1149 precisa che <les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé>.

"*Dommages et intérêts* " è dunque la formula magica che comprende sia il danno derivante dalla mancata esecuzione di una prestazione di fare o di non fare sia la mancata prestazione di una obbligazione di dare. Anche per le obbligazioni di dare non si parla solo di interessi, ma di *dommages et intérêts*. L'art. 1153 è chiaro al riguardo:< dans les obligations qui se bornent au paiement d' une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'

exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixées par la loi; sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement>.

Le disposizioni del Code civil ovviamente debbono essere assoggettate ad interpretazione e le formule semplici diventano complesse nel corso del tempo.

Per la verità la discussione al Tribunato è pressoché inesistente, e nei Motifs si sottolinea che la materia è estremamente difficile da trattare (*Code civil des Français*, vol.V, Paris, An XII, 1804, vol.V, p.115). La vaghezza dei termini, che circoscrivono un campo molto ampio, la varietà delle circostanze che si possono venire a creare consentono agli interpreti di sbrigliare la loro fantasia e la loro abilità esegetica.

I casi sono infiniti, ci avverte a pochi anni dalla pubblicazione del Code civil l'autore de *La Clef des Lois Romaines ou Dictionnaire analytique et raisonné de toutes les matières contenues dans le Corps de Droit*, Metz, 1809; a suo parere la difficoltà di liquidare i danni e gli interessi deriva non dal diritto ma dal fatto e <il giudice, non vedendo sempre con chiarezza quali possano essere i danni e gli interessi che una parte può pretendere giustamente nei confronti dell'altra, tende a ridurli quanto può>. Le fonti romane continuano ed essere la chiave di volta della materia e gli esponenti della Scuola dell'Esegesi si volgono ad esse per interpretare il testo del codice.

Ecco due esempi significativi.

Toullier (*Droit civil français*, Bruxelles, 1837, vol.III, p. 530) cita il passo di Paolo da cui è stata tratta la formula dei "danni-interessi", e spiega che danni e interessi, nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie, consistono <negli interessi stabiliti dalla legge>, salve le regole particolari del commercio, e si sofferma sulla applicazione giurisprudenziale del codice. Baudry-Lacantinerie e Barde (*Trattato di diritto civile. Delle obbligazioni*, trad.it., vol.I, Milano, s.d., pp. 496 ss.) precisano che il danno deve comprendere la perdita subita (*damnum emergens*) e il lucro mancato (*lucrum cessans*); e aggiungono: <questi due elementi, dicono la maggior parte degli autori, sono rappresentati nell'espressione stessa di *risarcimento di danni-interessi* (danno, *damnum*;interessi, *lucrum*), che conterrebbe in tal modo quasi una definizione dell' indennità di cui si tratta. Ma è molto probabile che la parola *lucro*, aggiunta all'espressione *danno*, costituisca semplicemente una ridondanza come se ne trovano spesso nello stile degli antichi notai>. E distinguono poi i danni compensativi, per mancata esecuzione della prestazione, e i danni moratori, per il ritardo nel pagamento di una somma di danaro.

4. Le origini dei modelli italiani (1837, 1865, 1942)

Le formule napoleoniche passano nei codici italiani preunitari, in particolare nel Codice albertino (artt.1237,1240) del 1837 e poi nel Codice civile unitario (art.1227) del 1865. Nel testo del codice civile unitario cade l'endiadi *danni e interessi*, e si parla solo di *danni*, mentre di *interessi* si parla a proposito delle obbligazioni che hanno ad oggetto una somma di danaro. La dottrina e la giurisprudenza continuano invece ad usare sia l'espressione "danni e interessi" sia l'espressione "danni-interessi". Il codice prevede che gli interessi per il ritardo nel pagamento di una somma di danaro sono dovuti nella misura del tasso legale (art.1231) salva diversa pattuizione delle parti. Gli interessi sono dovuti senza che il creditore debba dare alcuna giustificazione. In ogni caso, il danno da risarcire è dato dall' *interesse positivo*.

Assai diversa la trattazione nel Codice civile austriaco del 1811 (1816 nelle province italiane), in cui si precisa, al §912 che <qualche volta il creditore può, oltre il debito principale, domandare dal suo debitore anche le prestazioni accessorie. Queste consistono nelle accessioni e nei frutti della cosa principale; negl' interessi o convenuti, o da pagarsi per la mora del debitore; o nel risarcimento del danno cagionato, o di quanto importa al creditore di non essersi debitamente adempita l' obbligazione; finalmente nell' importo che una delle parti si fosse per questo caso stipulato>; e al §1293, in materia di danno extracontrattuale, si distingue dal danno il lucro cessante, che ci si aspetta secondo il corso ordinario delle cose, e si distingue tra indennità (con cui si risarcisce il danno emergente) e pieno soddisfacimento (con cui si risarcisce anche il lucro

cessante); le due voci non sono però unite in modo indissolubile. Infatti il § 1324 prevede il risarcimento del lucro cessante solo in caso di dolo e di negligenza evidente.

Il Codice civile tedesco è ancora più dettagliato e preciso, perché ai §§ 241 ss.; il § 249 dispone che chi è tenuto al risarcimento dei danni deve ristabilire lo stato che esisterebbe se non si fosse verificata la circostanza che obbliga al risarcimento; al § 252 dispone che il danno comprende anche il lucro cessante, e per tale deve intendersi il lucro che poteva con probabilità attendersi secondo il corso ordinario delle cose o secondo le speciali circostanze, in specie, secondo le misure e i provvedimenti presi; al § 253 dispone che il danno non patrimoniale può essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge. La collocazione della materia è nei rapporti di debito. Regole speciali si prevedono per il risarcimento del danno derivante da un'azione illecita diretta contro la persona, danno che si estende ai pregiudizi per il guadagno o il benessere del danneggiato (§842) e, nel caso di lesione del corpo o della salute o di privazione della libertà l'offeso ha diritto al risarcimento in danaro anche per il danno che non è danno patrimoniale (§847).

Il testo del B.G.B. non fa che riprodurre le conclusioni cui era pervenuta la dottrina tedesca proprio negli anni della sua redazione. Nelle *Pandette* di Dernburg (vol.II, *Diritto delle obbligazioni*, trad.it., Milano, 1903, pp. 178-179) si precisa che in caso di inadempimento delle obbligazioni il danno è composto di due voci, il *damnum emergens* e il *lucrum cessans*, il primo facilmente accertabile, il secondo deve essere determinato in una quantità più o meno problematica: <la certezza non può essere richiesta, non può di regola essere raggiunta, ma le semplici illusioni di un guadagno neanche vanno considerate. Il diritto non tien conto delle fantasie>; in altri termini il creditore deve dimostrare di aver preso particolari disposizioni che presentavano fondata speranza di fargli realizzare il lucro che assume aver perduto.

Di fronte a questo quadro variegato, la dottrina italiana, a partire dalla metà dell'Ottocento, ha iniziato ad elaborare le sue categorie giuridiche tenendo conto del diritto romano, del diritto francese, della rielaborazione del diritto romano effettuato dalla dottrina tedesca. Il diritto di matrice francese è interpretato mediante le categorie elaborate dalla Pandettistica. Sicché negli anni Trenta del Novecento, quando si manifesta più forte l'esigenza di rinnovare il Codice civile, il clima culturale è favorevole non tanto a proporre una crasi tra la tradizione romana, quella francese e quella tedesca, ma ad innovare le regole, redigendole in modo più chiaro e collocandole nel testo con un ordine sistematico.

Non tutti i problemi erano risolti, però. Proprio negli anni antecedenti alla nuova codificazione (del 1942) si era aperto il dibattito sulla risarcibilità del danno morale contrattuale.

L'ipotesi fu scartata dalla dottrina prevalente, sia perché l'inadempimento contrattuale non doveva essere considerato sotto la luce della sanzione, sia perché il Codice del 1865 nulla diceva al riguardo e quindi la sua inclusione nell'area del danno risarcibile avrebbe gravato il debitore in modo eccessivo.

Anche i giuristi italiani, comunque, tendevano ad adattare - a modo loro - le formule del diritto romano alle esigenze della vita moderna. Ancora negli anni vicini alla nuova codificazione, Nicola Stolfi, autore di un ponderoso e fortunato trattato di diritto civile, aveva modo di scrivere che l'evoluzione del diritto romano aveva portato all' <afferinarsi del principio che il debitore il quale non adempie la sua obbligazione deve corrispondere al creditore una somma di danaro che equivalga al vantaggio che gli avrebbe procurato l' *adempimento esatto, effettivo e tempestivo* della obbligazione. E tale indennità costituisce appunto i danni-interessi> (*Diritto civile*, Torino, 1932, vol.III, p. 308). Giovanni Pacchioni precisava che il *damnum emergens* è costituito da ogni diminuzione dei beni del creditore in causa dell'inadempimento; *lucrum cessans* è ogni valore che il titolare del patrimonio avrebbe potuto realizzare ove il suo debitore avesse adempiuto mediante la sua attività gestoria: tutto ciò che avrebbe potuto lucrare in conseguenza esclusiva o principale dell'aumento patrimoniale che gli sarebbe stato causato dall'adempimento che invece mancò> . Per rafforzare questa tesi richiama la tradizione romana, riluttante ad ammettere il risarcimento del *lucrum cessans*, concesso solo sulla base di una apposita richiesta rimessa alla discrezionalità

del giudice : tale dunque doveva essere la regola anche per il diritto italiano vigente in allora (*Diritto civile italiano.P.II Diritto delle obbligazioni.Vol.II Dei contratti in generale*, Padova, 1936, p. 217).

5. Il modello italiano attuale

La scelta dei compilatori (con la unificazione del codice civile e del codice di commercio) fu quella di collocare le regole della materia nell'ambito della disciplina delle obbligazioni (artt.1223 ss.) assegnando al danno extracontrattuale regole additive speciali (artt.2056-2059); il risarcimento danno morale, inteso in senso restrittivo, si riconobbe solo in caso di illecito extracontrattuale.

Il Codice civile italiano dedica al risarcimento del danno contrattuale sette disposizioni. Inizia con il principio generale per il quale il danno si compone di due fattori, la perdita subita dal creditore e il mancato guadagno (art.1223) ; il danno risarcibile deve essere diretto ed immediato; per le obbligazioni pecuniarie si prevede la corresponsione degli interessi legali dal giorno della mora e si riconosce il danno maggiore se il creditore ne dà prova (art.1224); il danno inoltre deve essere prevedibile al momento della conclusione del contratto (art.1225); nell' ipotesi che esso non si possa provare nel suo preciso ammontare, si autorizza il giudice a liquidarlo con valutazione equitativa (art.1226); si riduce il risarcimento per concorso colposo del creditore e del danno evitabile dal creditore usando l'ordinaria diligenza (art.1227); il debitore risponde anche del fatto doloso o colposo dei suoi ausiliari (art.1228); le clausole di esonero da responsabilità per dolo o colpa grave sono nulle (art.1229).

Come si vede, le due voci di danno sono distinte, così come sono distinti gli interessi connessi con l'inadempimento di obbligazioni pecuniarie. Nella Relazione del Ministro Guardasigilli (n.572) si ricollegano le due voci al *damnum emergens* e al *lucrum cessans*, e si insiste sul nesso causale tra inadempimento e danno, cioè sul fatto che il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, e deve essere prevedibile al momento in cui è sorta l' obbligazione. I poteri discrezionali del giudice sono più ampi nella valutazione del lucro cessante. Non sono ammessi i danni morali.

Giurisprudenza e dottrina italiane hanno precisato con qualche dettaglio le formule ampie che la tradizione ci ha consegnato: il creditore deve essere messo nella medesima situazione economica nella quale si sarebbe trovato se il fatto illecito non si fosse verificato; la somma liquidata deve essere equivalente all'effettivo valore dell' utilità perduta; il lucro cessante è dato dal mancato accrescimento del patrimonio del creditore , il quale deve fornire al giudice elementi presuntivi circa l'impiego specificamente progettato e concretamente predisposto che non si è realizzato (Cass. 7.7.1981 n. 4455). E' sufficiente una fondata e ragionevole previsione , non l'assoluta certezza che il lucro si sarebbe verificato (Cass. 20.1.1987.n. 4280). Il danno, imputato sulla base della colpa, deve essere diretto e immediato nonché prevedibile , salvo nel caso di intenzionale inadempimento, che implica il risarcimento anche del danno imprevedibile. Per il danno risentito nella violazione di obbligazioni pecuniarie si ricorre all' interesse legale, salva la prova del maggior danno.

Gli interessi si distinguono in *moratori*, se dovuti al ritardo nel pagamento di una somma di danaro, *corrispettivi*, per risarcire il creditore dalla mancata utilizzazione della somma di danaro, *compensativi*, dovuti al creditore indipendentemente da quelli moratori , al fine di ristabilire l' equilibrio economico tra i contraenti (Cass. 19.8.1998,n. 8196).

Per i debiti di valuta si esclude il cumulo di rivalutazione monetaria e interessi legali; per ottenere di più rispetto agli interessi legali il creditore deve dimostrare di aver subito un maggior danno. Il cumulo è applicabile ai debiti di valore, perché la rivalutazione è diretta a ripristinare il patrimonio precedentemente alla violazione e gli interessi hanno natura compensativa (Cass. 18.8.1998,n. 8165). La giurisprudenza ha sviluppato diverse presunzioni, dividendo per categorie sociologico-economiche i creditori (imprenditori, professionisti, consumatori) graduando così

l'ammontare del maggior danno; ciò in considerazione dei fenomeni inflattivi, ora in parte superati dalla adesione dell' Italia al sistema dell' Euro (Cass. 19.10.1995,n. 10844).

E' ora ammesso anche il risarcimento del *danno morale contrattuale*, in caso di vacanza rovinata, mobbing, stalking, lesione dell' immagine. In particolare è ammesso il risarcimento del danno morale - sub specie di "danno esistenziale" - nel caso di responsabilità medica, ritenendosi in giurisprudenza la sussistenza di un rapporto contrattuale tra medico e paziente, anche se il medico è dipendente della struttura sanitaria (Cass. 4.1.2010,n.13)

Non sono ammessi i *danni punitivi*, neppure nell' ambito della responsabilità extracontrattuale. A questo proposito ha osservato la Corte di Cassazione che <nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito, mentre rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta. È quindi incompatibile con l' ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali. Tale risarcibilità è sempre condizionata all'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata "in re ipsa". È inoltre esclusa la possibilità di pervenire alla liquidazione dei danni in base alla considerazione dello stato di bisogno del danneggiato o della capacità patrimoniale dell'obbligato (Cass. 19.1.2007,n.1183).

Ma in materia di risarcimento del danno per l'inadempimento di obbligazioni pecuniarie la Corte di cassazione non ha ancora espresso un indirizzo unitario.

Vi è un orientamento che propugna il principio secondo il quale nelle obbligazioni pecuniarie <l fenomeno inflattivo non consente un automatico adeguamento dell' ammontare del debito, né costituisce di per sé un danno risarcibile, ma può implicare, ai sensi dell'art. 1224 cod civ < solo il riconoscimento in favore del creditore, oltre che degli interessi, del maggior danno che sia derivato dalla impossibilità di disporre della somma durante il periodo della mora, nei limiti in cui il creditore medesimo deduca e dimostri che un pagamento tempestivo lo avrebbe messo in grado di evitare o ridurre quegli effetti economici depauperativi che l' inflazione produce a carico di tutti i possessori di danaro, posto che gli interessi moratori accordati al creditore dal primo comma dell'art.1224 cod civ hanno funzione risarcitoria, rappresentando il ristoro, in misura forfetariamente, della mancata disponibilità della somma dovuta> (Cass. 10.11.2009,n. 23744).

Un altro orientamento prevede invece che quando il creditore sia un imprenditore commerciale e vi sia ritardo nel pagamento non sia necessaria la prova del maggior danno eguagliabile alla svalutazione monetaria perché si presume che <in base all' "id quod plerumque accidit" se vi fosse stato tempestivo adempimento la somma dovuta sarebbe stata utilizzata in impieghi antiinflattivi> (Cass. 31.5.2010, n. 13228).

In un saggio recente, scritto da uno dei più autorevoli giuristi italiani, Pietro Trimarchi ha rivisitato i problemi del danno contrattuale ricorrendo non solo a considerazioni di ordine logico e pragmatico ma anche di ordine economico. In altri termini, la prospettiva da cui muove l' A. , nell'ambito di una più ampia analisi dedicata ai rimedi messi a disposizione del creditore dall' ordinamento in caso di inadempimento del debitore (*Il contratto:inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010, p.83 ss.) è che per risolvere i problemi del risarcimento del danno <occorre analizzare la funzione della responsabilità contrattuale, cioè, trattandosi di materia contrattuale, dunque attinente ad operazioni economiche> occorre verificare come < le regole sulla responsabilità possano influire sulle motivazioni degli operatori in modo d realizzare risultati di efficienza>.

Le funzioni della responsabilità contrattuale sono molteplici: stabilire un rapporto di fiducia tra le parti, costituire un incentivo per il debitore, realizzare l'interesse del creditore. Da questo punto di vista appare preferibile la teoria che privilegia il risarcimento dell' interesse positivo, essendo arduo, quasi in tutte le circostanze, dare la prova dell' interesse negativo.

Secondo l' A. <l'inadempimento non deve essere scoraggiato quando procuri al debitore inadempiente un vantaggio superiore al danno dell'altra parte (inadempimento efficiente), perciò il risarcimento non solo non deve essere inferiore, ma neppure deve essere superiore all'interesse positivo>. Questa conclusione porta l'A. a ritenere che la regola secondo la quale l'inadempimento volontario implica anche il risarcimento del danno imprevedibile deve essere applicata con cautela e in via restrittiva (p.180). Questa soluzione avvicina dunque il modello italiano a quello inglese.

L' A. si chiede se nel diritto italiano sia risarcibile l'interesse negativo in alternativa a quello positivo. Se cioè il creditore, anziché chiedere il prezzo della cosa o del servizio non acquisito e il lucro cessante, possa chiedere la restituzione del prezzo e il rimborso delle spese effettuate per preparare l'adempimento della propria prestazione. La risposta è negativa, perché il risarcimento è una conseguenza dell'inadempimento e quindi la questione rientra nel nesso causale; <solo il risarcimento delle spese ragionevoli inutilmente affrontate è economicamente giustificato e opportuno, quando l'interesse lesso non sia valutabile, o non sia facilmente valutabile, in danaro>. In questo modo si stempera la distinzione tra interesse positivo e interesse negativo, posto che l'art. 1226 cod.civ. consente ai giudici di valutare in modo equitativo, cioè tenendo conto delle circostanze, il danno vantato dal creditore.

La distinzione tra concezione reale (aestimatio rei) e concezione patrimoniale (id quod interest) appare all' A. troppo schematica . La seconda si attaglia meglio della prima al sistema italiano, perché comprende il lucro cessante, ed è basata su criteri oggettivi, quindi facilmente verificabili, mentre la prima si affida a criteri soggettivi . Se però il creditore provvede ad una operazione sostitutiva in tempi vicini all' inadempimento <è ragionevole considerare il prezzo concretamente pattuito come rappresentativo (...) di un prezzo di mercato> non facilmente accertabile (op.cit.,p.116). Il creditore potrà ottenere il risarcimento sperato solo se riuscirà a dare la prova che avrebbe potuto ottenere altrimenti un vantaggio superiore. In questo senso, le regole stabilite dai Principi Unidroit, dai PECL e dal Draft sono considerate in linea con il diritto italiano.

Ancora. L' A. si chiede se quando la prestazione resa è incompleta o difettosa si debba risarcire il minor valore di mercato della prestazione resa oppure rimborsare i costi necessari per completarla o eliminare i difetti. Egli ritiene che, al di là dei casi in cui il risultato delle due ipotesi venga a coincidere, si debba seguire il principio che articola il risultato tenendo conto delle diverse tipologie contrattuali. Nell'appalto il debitore deve pagare il costo della regolare esecuzione, se l'opera è incompleta; se l'opera è completata ma difettosa, occorre temperare gli interessi contrapposti, senza dover gravare eccessivamente la posizione del debitore, e così pure nella vendita. Ma occorre distinguere tra tipi di vendita, e in particolare considerare i rimedi che sono messi a disposizione del compratore se ha lo status di consumatore.

Sulla perdita di chance dottrina e giurisprudenza sono incerte sulla sua iscrizione al danno emergente o al lucro cessante. L' A. sottolinea come la domanda sia oziosa, potendosi di volta in volta assegnare la chance all'una o all'altra categoria di danni; il problema della chance è solo collegato con il nesso causale e con l'onere della prova (pp.150 ss.).

Il risarcimento del danno nell'inadempimento di obbligazioni pecuniarie - per cui sono dovuti gli interessi legali dal giorno della mora - non deve essere confuso con il maggior danno per il ritardo. Il saggio degli interessi legali varia se si applica l'art. 1284 cod.civ. oppure il d.lgs. n. 231 del 2002 (art.5) che attua la direttiva sui ritardi nei pagamenti (dir. CE n.35/2000). Il contrasto è forte, e spetta alla giurisprudenza attenuarlo mediante l'accertamento delle prove offerte dal creditore (op.cit.p. 154). L'art. 1283 cod.civ. sottrae al debitore al pagamento di interessi anatocistici; secondo l' A. questa regola è giustificata perché altrimenti si esporrebbe il debitore ad un onere troppo gravoso, ma si deve applicare con ragionevolezza; ad es., gli interessi anatocistici sono dovuti se il creditore, a sua volta, li ha pagati, sicché la norma non si applica nel caso di risarcimento del danno da ritardo effettivamente subito e sul danno effettivamente liquidato con sentenza.

Secondo la giurisprudenza per i debiti di valore <la rivalutazione monetaria e gli interessi costituiscono una componente dell'obbligazione di risarcimento del danno e possono essere

riconosciuti dal giudice anche d'ufficio ed in grado di appello, pur se non specificamente richiesti, atteso che essi devono ritenersi compresi nell'originario "petitum" della domanda risarcitoria, ove non ne siano stati espressamente esclusi> (Cass. 30.9.2009,n. 20943). In caso di illecito extracontrattuale <gli interessi compensativi dovuti per il danno da ritardo non possono essere calcolati dalla data dell'illecito sulla somma liquidata per capitale e rivalutata sino al momento della decisione, dovendo, invece, essere computati o con riferimento ai singoli momenti riguardo ai quali la somma equivalente al bene perduto si incrementa nominalmente, per effetto dei prescelti indici medi di rivalutazione monetaria, ovvero anche in base ad un indice medio, tenuto conto che la liquidazione del danno da ritardo rientra pur sempre nello schema liquidatorio di cui all'art. 2056 cod. civ., in cui è ricompresa la valutazione equitativa del danno stesso ex art. 1226 cod. civ> (Cass. 9.3.2010 n. 5671)

In caso di inadempimento o di ritardato adempimento di un'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro - assoggettata, in quanto tale, alla disciplina dell'art. 1277 cod. civ. - <la rivalutazione monetaria del credito può essere riconosciuta solo a condizione che il creditore allegghi e dimostri, ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, cod. civ., l'esistenza del maggior danno derivante dalla mancata disponibilità della somma durante il periodo di mora, non compensato dalla corresponsione degli interessi legali nella misura predeterminata dall'art. 1224, primo comma, cod. civ., rimanendo comunque esclusa la possibilità del cumulo tra rivalutazione monetaria ed interessi compensativi> (Cass. 3.6.2009,n. 12828).

La giurisprudenza però calcola la rivalutazione mediante il riferimento agli indici ISTAT dei prezzi al consumo, cumulandola con gli interessi , e quindi operando la rivalutazione sulla somma inizialmente ottenuta di anno in anno . Questa soluzione - secondo l'A. - era giustificabile anni fa, quando gli operatori economici erano esposti ad un altissimo tasso di inflazione. Oggi però la situazione è cambiata, e quei criteri non sono più giustificati. Pertanto nel debito di valore l'equivalenza pecuniaria <deve essere determinata con riferimento al momento in cui il credito avente per oggetto il bene o il servizio è sostituito dal credito del risarcimento in danaro, oppure al momento in cui è divenuta possibile la sostituzione del bene o del servizio mancato. Gli interessi possono venire in considerazione solo nel tempo successivo nel quale è mancata la somma di danaro ma non nel periodo in cui è mancato il bene o il servizio, valori della vita che non producono interessi; per il periodo precedente si tiene conto della perdita di acquisto della moneta e quindi è giustificata la rivalutazione automatica> (op.cit.,p.169).

6. Il modello inglese

La regola fondamentale in materia di *damages* nel *common law* inglese è che il danno deve essere inteso come misura del risarcimento e quindi ha funzioni meramente soddisfattive (*damages are compensatory*). Non sono riconosciuti, pertanto, i *punitive damages*, che tendono, invece, a punire il danneggiante: il danno da considerare è la perdita subita dall'attore, non il lucro del convenuto. Il danno risarcibile (*loss*) comprende qualunque la diminuzione patrimoniale arrecata dall'inadempimento alla persona o ai beni del creditore, inclusa la perdita di guadagno per attività economiche non condotte a buon fine; solo eccezionalmente sono riconosciuti i *damages for non-pecuniary loss*, in particolare per quanto riguarda il risarcimento del danno per "*injury to feelings*", come nel caso di prestazione di servizi turistici rivelatisi disastrosi (*Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, 1973). Infine, nei casi in cui non vi sia *loss*, ad esempio perché la parte è riuscita a reperire sul mercato, allo stesso prezzo, beni eguali a quelli che la parte inadempiente non le ha consegnato, il diritto inglese riconosce solo "*nominal damages*".

Il complesso di regole che riguarda il risarcimento del danno contrattuale si è venuto formando soprattutto a partire dalla seconda metà del secolo scorso e pare abbia registrato una profonda influenza del diritto continentale (specie francese) a seguito della traduzione inglese del

Trattato di Pothier (1806). Il caso più importante è *Hadley v. Baxendale* (1854) in cui la Corte statui: "Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it".

Secondo la dottrina tre sono i tipi di danni risarcibili, *expectation damages*, *reliance damages*, *restitution damages*.

Gli *expectation damages* costituiscono il risarcimento del *loss of bargain*, corrispondente al lucro cessante, e tendono a porre il danneggiato nella posizione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato regolarmente adempiuto. Il *loss of bargain* presenta due profili, uno costituito dal danno immediato risentito per l'inadempimento della prestazione attesa (ad esempio la mancata consegna di una macchina già pagata), l'altro rappresentato, invece, dal danno derivato risentito, quale conseguenza diretta, dell'inadempimento (ad esempio il danno sofferto per non aver potuto utilizzare la macchina acquistata, per eseguire lavori e produrre un reddito). La valutazione degli *expectation damages*, sotto il primo profilo, è fatta normalmente, a seconda delle esigenze, sulla base della "difference in value" (cioè della differenza di valore tra i beni ricevuti e quelli che il danneggiato avrebbe dovuto ricevere), o del "cost of cure" (cioè del costo sostenuto per rimediare all'inadempimento, ad esempio riparando beni difettosi).

I *reliance damages* sono rappresentati dalle spese fatte e dalle perdite subite per aver fatto affidamento sul contratto, sia nel corso della sua esecuzione che nella fase precedente la sua conclusione, e corrispondono al danno emergente; la loro funzione è di reintegrare la parte nella posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto non fosse stato concluso;

I *restitution damages*, infine, sono rappresentati dai "benefici" conferiti da una parte all'altra prima o nel corso dell'esecuzione del contratto, e in caso di *breach* sufficientemente grave da dare origine ad una «total failure of consideration» devono essere "restituiti" in natura, o per equivalente in danaro, alla parte che li ha conferiti. La loro funzione è quella di porre la parte nella posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto non fosse stato concluso, e si differenziano dai *reliance damages* in quanto sono basati non sulla perdita risentita dal danneggiato ma sull'arricchimento indebito ricevuto dall'altra parte.

Il creditore esercitando un'*action for damages*, deve provare l'esistenza del contratto, dell'inadempimento e del danno come conseguenza dell'inadempimento. L'attore può scegliere il tipo di *damages* su cui basare la propria azione, e può anche cumularli, purché non sia risarcito più volte lo stesso danno. Esistono però dei limiti: l'attore non può chiedere gli *expectation damages* se non riesce a provare il *loss of bargain*, ossia il valore della sua aspettativa, né può chiedere i *reliance damages* se per un errore di valutazione le spese da lui sostenute sono state superiori a quelle ragionevolmente prevedibili ed il loro rimborso lo porrebbe in una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato adempiuto. Infine l'attore non può chiedere i *restitution damages* se l'inadempimento dell'altra parte non è così grave da determinare una «total failure of consideration». Peraltro, è ammissibile che la *termination* del contratto con risarcimento dei *restitution damages* possa comportare che l'attore si venga a trovare in una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato adempiuto: ad esempio se il contratto di compravendita di una macchina si dimostra un «bad bargain», perché il prezzo convenuto era di 10000 Lire sterline, mentre il suo valore effettivo ammonta a 7500 Lire sterline, in caso di inadempimento del venditore che non consegna il bene, l'acquirente chiedendo la *termination for breach of contract* e i *restitution damages* può ottenere la restituzione delle 10000 sterline pagate, anziché una macchina di minor valore.

Nel diritto inglese è il caso *Hadley v. Baxendale* a dare direttive al riguardo: non avendo trasportato in tempo utile per la riparazione una macina da mulino, il trasportatore convenuto aveva cagionato l'arresto dell'attività dell'attore, tuttavia il convenuto non conosceva né avrebbe potuto conoscere le gravi conseguenze economiche del ritardo.

Da questa regola deriva che il danno deve corrispondere a ciò che normalmente accade in

circostanze simili, che il danno risarcibile può essere ampliato se vi è conoscenza di circostanze specifiche, e che non può essere risarcito il danno che non ha rapporto causale con l'inadempimento; non sono risarcibili i danni sofferti dal danneggiato in conseguenza della violazione del suo «*duty to mitigate*». Il danneggiato ha infatti l'onere di fare tutto il possibile per limitare il danno, prendendo ragionevoli misure per circoscriverlo o per impedire che si amplii; se non lo fa è responsabile dei danni ulteriormente cagionati.

Il risarcimento del danno può essere limitato se è stato cagionato con concorso di colpa del danneggiato (*default of the victim*). Tale principio che corrisponde alla *con tributary negligence* della *tort law* si applica, nel diritto inglese, solo quando la condotta colposa del danneggiato costituisce un illecito sia contrattuale che extracontrattuale, come può accadere nel contratto di trasporto o nei contratti di prestazioni professionali, ma non quando l'illecito è meramente contrattuale (*Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher* (1989) AC 852).

In conclusione, è opportuno precisare che, se ne sussistono i presupposti, *reliance* e *restitution damages*, possono essere richiesti con un'*action for damages* o con un'*action for restitution*, anche quando il contratto non è stato concluso, quando è nullo, quando è stato annullato, o quando si è successivamente sciolto per *frustration*, o per *total failure of consideration*. Mentre gli *expectation damages* possono essere richiesti solo a titolo contrattuale, quando il contratto concluso non è stato regolarmente adempiuto.

7. Una lettura comparata di PICC, PECL e DCFR

Se sulla base di questa trama di riferimenti si esaminano ora i PICC, i PECL e il DCFR – lascerei da parte la CISG, anche se il suo testo ha ispirato questi altri che si sono succeduti in un breve spazio di tempo, perché la Convenzione riguarda la vendita, gli altri testi riguardano il danno da inadempimento contrattuale in generale – ci si può avvedere che le formule sono un po' più precise, ma rimangono sempre molto generali e allusive.

I tre testi presentano un *common core* e alcune varianti.

Il principio generale è dato dalla piena soddisfazione del danno per l'inadempimento di un contratto (per i PICC e per i PECL) o di una obbligazione (per il Draft) : rispettivamente v. art. 7.4.2., 9.502, III. 3.701, cioè il creditore deve essere collocato nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se la prestazione fosse stata eseguita.

Il danno è conseguenza della perdita (denominata *harm* nei PICC e *loss* negli altri due modelli) e il risarcimento (*damages*) consiste nel *damnum emergens* e nel *lucrum cessans*.

A differenza di quanto previsto in molti sistemi nazionali è sempre risarcito il danno morale (non-pecuniary loss): i PICC specificano, ad esempio, che esso comprende "physical suffering or emotional distress" (7.4.2); il Draft descrive questo tipo di danno come "pain and suffering and impairment of the quality of life" (III.3.701.(3)); i PECL non danno precisazioni.

Tutti i modelli dispongono che il danno deve essere prevedibile (7.4.4.; 9.503; III.3.703) *ragionevolmente* (reasonably foreseen), ma mentre i PICC non prevedono il risarcimento per l'inadempimento volontario (seguendo in questa scelta la CISG) , sia i PECL sia il Draft includono nel danno risarcibile anche il danno imprevedibile, se l'inadempimento (non performance) era intentional or grossly negligent (PECL) o intentional, reckless or grossly negligent (Draft).

I PICC includono anche una disposizione sulla certainty of harm e la possibilità di risarcire il danno da *loss of a chance* (7.4.3).

Come dispone il Codice civile italiano i tre modelli considerano l'ipotesi della mitigazione del danno nel caso in cui il creditore avrebbe potuto ragionevolmente ridurlo (7.4.8; 9.505; III.3.705), e si riconosce al creditore il diritto ad ottenere il rimborso delle spese effettuate per ottenere questo vantaggio. Essi prevedono anche l'ipotesi in cui vi sia concorso di colpa del

creditore con conseguente riduzione del danno a carico del debitore (7.4.7; 9.504; III.3.704), come previsto dal Codice civile italiano (art.1227 c.1).

I tre modelli prevedono la possibilità di riparare il danno differenziale nel caso in cui il creditore abbia fatto un accordo sostitutivo (*replacement transaction*) con terzi, sempre che esso sia ragionevole (7.4.5.; 9.506; III.3.706); nel sistema italiano questa ipotesi non è prevista.

A differenza del modello italiano, che è silente al riguardo, i tre modelli fanno riferimento al *current price* (7.4.6; 9.507; III. 3.707), nel senso che nell' ipotesi in cui non sia stato concluso dal creditore un accordo sostitutivo, questi può ottenere il riconoscimento della differenza tra il prezzo stipulato e il prezzo corrente al momento della risoluzione del contratto e il risarcimento di ogni altro danno sofferto. Questa previsione è utile in ogni caso; nel diritto italiano si potrebbe giungere al medesimo risultato anche ricorrendo al lucro cessante, se il creditore dà la prova che avrebbe potuto utilizzare o disporre dell' oggetto della prestazione in modo proficuo.

In caso di inadempimento di una obbligazione pecuniaria, i tre modelli - a differenza del Codice civile italiano che fa riferimento agli interessi legali salvo il maggior danno - seguono la medesima formula, cioè il pagamento di interessi calcolati "at the average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers" (Draft III.3.708; PICC, 7.4.9; PECL, 9.508). In tutti i tre modelli si prevede la possibilità di ottenere anche un danno ulteriore se provato. A questo proposito appare un po' curioso che i PECL e il Draft abbiano condiviso la scelta dei PICC, perché le rispettive loro regole non sono, come avviene per i PICC, destinate a disciplinare solo i contratti commerciali.

La clausola penale e il pagamento in una particolare divisa implicano questioni che vanno al di là delle regole generali sul danno contrattuale e quindi il loro esame si può rinviare ad altra occasione.

Attese le divergenze tra i modelli vigenti nei diversi ordinamenti, di cui sopra si è dato qualche esempio, e atteso che nel loro complesso, le regole del Draft sono ragionevoli, le soluzioni da esse prospettate ai problemi di cui si è fatto cenno sembrano costituire un avanzamento nella definizione di principi comuni, che potrebbero non solo migliorare la conclusione di operazioni economiche transnazionali ma anche portare maggior chiarezza nelle esperienze nazionali.