

progetto, n. 196). Il criterio adottato è invece quello per cui la sopravvenienza ha effetto quando vi siano stati «eventi straordinari e imprevedibili al momento in cui il contratto fu concluso»: non basta la straordinarietà dell'evento (es.: sanzioni economiche contro l'Italia del comitato ginevrino), ma occorre anche la imprevedibilità (il che non era ormai, in Italia, già da un mese prima del 18 novembre 1935, data di entrata in vigore delle sanzioni); nè basta la imprevedibilità, ma occorre anche la straordinarietà (il che giustifica, oltre tutto, perchè l'art. 264 parli di prestazione «divenuta eccessivamente onerosa oltre i limiti dell'alea del contratto»).

Circa gli effetti della sopravvenienza, l'art. 164 del progetto distingue fra contratti a prestazioni corrispettive e contratti con obbligazione di una sola parte. Nei primi il contratto è senz'altro rescisso, a richiesta della parte che è tenuta alla prestazione, a meno che l'altra parte non preferisca mantenerlo in vita modificando equamente le condizioni al fine di eliminare la sopravvenuta onerosità. Nei secondi non si verifica rescissione, ma la parte obbligata può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione delle modalità di esecuzione. [Prof. Antonio Guarino].

134). RG. 3. II. 1936; JW. 1937, p. 1145.

— RISARCIMENTO DEL DANNO — RESTITUZIONE IN NATURA O INDENNIZZO IN DENARO.

— SCHADENSERSATZ — HERSTELLUNG «IN NATURA» ODER GELDERSATZ.

— DAMAGES — RESTITUTION OR DAMAGES

— DOMMAGES-INTÉRÊTS — RESTITUTION EN NATURE OU INDEMNITÉ PÉCUNIAIRE.

È inaccoglibile l'opinione, secondo la quale il creditore che ha scelto di essere risarcito del danno in denaro deve intendersi a tale scelta vincolato.

Il diritto del creditore di scegliere fra restituzione in natura o indennizzo pecuniario si esaurisce, nei confronti del debitore, con la sua dichiarazione di volontà, e il creditore che abbia preferito il risarcimento in denaro è, pertanto, ad essa vincolato, solo nei casi determinati previsti dal § 249, periodo 2 cod. civ., e costituenti eccezione alla regola del periodo 1, nei casi cioè in cui l'obbligazione al risarcimento del danno derivi da lesione della persona o da danneggiamento di una cosa.

Die Ansicht, dass der Gläubiger, der einmal Geldersatz gewählt hat, daran gebunden sei, ist unzutreffend. Nur in den § 249 Satz 2 BGB. bestimmten Ausnahmefällen von der Regel des Satz 1, nämlich im Falle der Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache, wird das Wahlrecht des Gläubigers, die Herstellung oder statt ihrer den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag zu fordern, durch Erklärung gegenüber dem Schuldner ausgeübt, und der Gläubiger bleibt an diese Erklärung gebunden, falls er Geldersatz gewählt hat.

OSSERVAZIONI. — Sulla natura e sul contenuto della prestazione dell'*id quod interest*. — 1. — Il Reichsgericht ha giustamente respinto la tesi per cui il creditore dovrebbe intendersi vincolato alla scelta da lui fatta di essere risarcito del danno in danaro. È noto che il BGB vede un duplice contenuto nell'obbligo della riparazione del danno (*Schadenersatz*), e cioè la *restitutio in integrum* e la riparazione pecuniaria. Stabilisce infatti il § 249 che chi è tenuto al risarcimento deve ripristinare lo stato di cose che esisterebbe se non fosse avvenuto il fatto lesivo, ma che, dal suo canto, può il creditore esigere in luogo del ripristino la somma di danaro a ciò necessaria. Alla quale disposizione può aggiungersi quella del § 250, per cui il creditore può stabilire un termine al debitore con la dichiarazione che rifiuterà il ripristino trascorso il termine; e per cui egli può chiedere, scaduto il termine, il risarcimento pecuniario. Stabilisce infine il § 251 che, se il ripristino non sia possibile o non sia sufficiente per la riparazione, l'obbligato al risarcimento è tenuto a risarcire il danno in danaro.

Da queste disposizioni del BGB si evince che, se il ripristino non risulti obiettivamente impossibile o insufficiente, esso, non solamente forma il contenuto normale della prestazione del risarcimento del danno, ma può essere con ogni buon diritto preteso dal danneggiato a preferenza della riparazione pecuniaria. Il creditore ha diritto al ripristino ed ha inoltre facoltà di surrogarlo con il risarcimento pecuniario, ma la scelta che egli faccia del risarcimento pecuniario non lo vincola

evidentemente ad esigere questo, qualora sia ancora possibile di addivenire, senza danno per il debitore, alla *restitutio in integrum*.

Per questi motivi deve accogliersi la decisione del Supremo Collegio tedesco, malgrado che la massima, troppo succinta, non metta in rilievo il limite, del resto ovvio, cui soggiace il principio che il creditore non è vincolato alla scelta da lui fatta di essere risarcito in danaro.

2. — È noto che il diritto italiano accoglie in sostanza i medesimi principi del BGB in tema di risarcimento del danno, pur mancando al nostro codice civile una regolamentazione altrettanto chiara e perspicua.

La radice della moderna teoria del risarcimento del danno è nel concetto romano dell'*id quod interest*. Il danneggiatore è, per regola generale, tenuto a rifondere nel patrimonio del danneggiato un valore che ripaghi l'interesse di costui a che il fatto non si compisse (v. per tutti DE RUGGIERO, *Istituzioni di dir. civ.* 3. 57 s.). Uno dei modi in cui il risarcimento può essere effettuato è, dunque, indubitabilmente la restituzione in pristino, ma è nell'arbitrio del debitore, non in quello del creditore, la circostanza che il risarcimento sia effettuato mediante ripristino, piuttosto che mediante riparazione pecuniaria o non pecuniaria. (Sul punto cfr. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, p. 565; ASCOLI, *Restituzione e risarcimento di danno sulle diffamazioni a mezzo della stampa*, FI 1916, I. 783; FADDA, *Sul risarcimento dei danni in forma specifica*, Corte di Cassazione 1924. 1407; DE RUGGIERO, *op. loc. cit.*; MESSINA, *La simulazione assoluta*, RDCo 1907, I. 408 s. Ma v. contra di recente, VERGA, *In tema di risarcimento del danno in forma specifica*, RDPo 1940, I. 3 s., il quale sostiene che «in difetto di elementi positivi, e di fronte alla tradizione, che il risarcimento del danno nel nostro diritto considera solo come prestazione di un equivalente, il cosiddetto risarcimento in forma specifica non ha diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento positivo»).

Il progetto definitivo del nuovo libro delle obbligazioni (Roma 1940) è finalmente intervenuto a porre una disposizione esplicita sul modo del risarcimento. Stabilisce infatti l'art. 21: «La reintegrazione del danneggiato può avvenire in forma specifica o, se ciò non è in tutto o in parte possibile, per equivalente mediante il pagamento di una somma di danaro. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga soltanto per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore».

La norma del progetto, mentre chiarisce in maniera veramente perspicua un punto lasciato inespresso nel cod. 1865, segna anche, con la disposizione del secondo comma, un innegabile progresso rispetto al sistema del BGB.

La reintegrazione in forma specifica viene sottratta dal progetto all'arbitrio del creditore. Essa non deve, ma può farsi in luogo del risarcimento per equivalente. Il creditore può ben pretenderla, ma la sua pretesa si arresta contro due limiti: la impossibilità assoluta (totale o parziale) della prestazione specifica, e la impossibilità relativa (eccessiva onerosità) di tale prestazione. Nel primo caso il risarcimento non può avvenire che per equivalente; nel secondo caso viene rimesso al prudente arbitrio del giudice lo stabilire se il risarcimento debba avvenire in forma specifica o per equivalente.

In conclusione, risulta da questa disposizione un regolamento armonico ed equo del risarcimento del danno, che ben risponde al concetto dell'*id quod interest*, inteso come prestazione unitaria caratteristica del risarcimento, i cui modi di estrinsecazione possono essere diversi (reintegrazione specifica, pagamento dell'equivalente), e possono concorrere l'un con l'altro, all'unico fine di ripagare l'interesse del creditore a che il danno non si avverasse.

3. — Qualche precisazione non sarà inopportuna, a questo punto, circa la genesi storica del concetto di *id quod interest*.

È detto comune che la concezione dell'*id quod interest*, come contenuto della prestazione di risarcimento del danno, risalga al diritto romano. Ciò è indubbiamente esatto, ma solo in parte e solo entro certi limiti.

Abbiamo visto come, nel diritto moderno, lo *id quod interest* presenti una duplice faccia: da una parte esso si concreta nella reintegrazione in forma specifica, dall'altra esso si estrinseca, subordinatamente, nella reintegrazione per equivalente pecuniario. Il concetto romano è invece più ristretto, in quanto che per esso il risarcimento del danno non può avvenire che per equivalente, cioè mediante la prestazione di una somma di danaro, che forma oggetto della condanna: ciò in

dipendenza delle caratteristiche peculiari del processo formulare classico, il quale non ammetteva altra *condemnatio* che la pecuniaria. Nel diritto classico, dunque, era possibile al danneggiato di ottenere la restituzione in pristino dal danneggiatore, solo in quanto quest'ultimo, per evitare l'imminente esercizio dell'azione, si decidesse spontaneamente ad attuarla.

Superato questo punto, non ancora può dirsi — come pure ha fatto molta parte dell'antica dottrina (v., per tutti, WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, vol. II, § 258) — che in tutti i periodi del diritto romano il contenuto del risarcimento del danno (risarcimento, ricordiamolo, per equivalente pecuniario) sia stato l'*id quod interest creditoris*. Già, tuttavia, qualche autore moderno, in cospetto della innegabile e radicale diversità (di cui faremo cenno appresso) dei vari tipi di *condemnatio* pecuniaria, aveva accennato ad una evoluzione storica, dal diritto più antico al nuovo diritto classico, del risarcimento del danno: evoluzione per cui da un sistema più rigido, consistente nel condannare il danneggiatore al pagamento della sola *vera aestimatio rei*, si sarebbe passati poi ad un sistema più equo per il danneggiato, consistente nel condannare il debitore al pagamento di una somma tale da soddisfare pienamente l'interesse del creditore al non verificarsi del danno (cfr., in questo senso, ma con varietà di atteggiamenti particolari, PEROZZI, *Istituzioni di dir. romano*², vol. II, p. 157 s.; BONFANTE, *Istituzioni di dir. rom.*³, p. 100; JÖRS-KUNKEL, *Römisches Recht*⁴, p. 248 s.; ARANCIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*⁵, p. 389 s.).

Una revisione fruttuosa di tutta la teoria del risarcimento del danno, nei suoi rapporti col processo formulare del diritto romano classico, è stata impressa solo in questi ultimi anni, dietro la spinta del SIBER, da due acutissimi studi del KASER e del VOGLI. Il SIBER (*Römisches Recht*, vol. II, p. 241 s.) è stato il primo a vedere con chiarezza l'intimo nesso tra il contenuto della prestazione di risarcimento ed il tipo della formula processuale, ed il carattere determinante di quest'ultima per la stima del primo: se la formula, come spesso avviene, è del tipo « *quanti ea res est, tantae pecuniae Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato* », in tal caso il risarcimento del danno comincia con la *vera aestimatio rei*; se la formula è invece del tipo « *quidquid Numerium Negidium dare facere oportet, eius Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato* » (o se essa è dello stesso tipo, ma con l'aggiunta della clausola *ex fide bona* [dare facere oportet]), allora il risarcimento consiste nella prestazione dell'*id quod interest creditoris*. Buona teoria, ma non perfettamente esatta, perchè non è raro il caso che condanne in « *quanti ea res est* » portassero nel diritto classico alla prestazione dell'*id quod interest*: ciò è indubitabile, ad esempio, nel caso dell'*actio ad exhibendum* (cfr. D. 10. 4. 9. 8: « *Neratus ait utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit* »). Lo spunto del SIBER venne sfruttato, nella sua parte veramente buona (cioè nel nesso stabilito tra risarcimento e tipo della formula) dal KASER (« *Quanti ea res est* », *Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, nei *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, vol. 23), il quale, con un diligentissimo esame (esteso anche alle azioni penali, che qui non interessano) giunse a confermare i risultati del SIBER, ma precisandoli e correggendoli in parte in merito alle azioni in « *quanti ea res est* »: la *condemnatio* di queste azioni si trasfonde sempre in una *vera aestimatio rei*, salvo che per la categoria delle *actiones arbitrariae* (cioè di quelle azioni in cui l'*iudex privatus* è facultato ad autorizzare il convenuto ad una restituzione o esibizione in natura, anziché a pagare la condanna pecuniaria); le *actiones arbitrariae*, importando la possibilità di una *restitutio* (o di una *exhibitio*) e cioè la possibilità di far avere all'attore tutto quanto avrebbe avuto se fosse stato soddisfatto al momento della *litis contestatio*, non possono non implicare che, se si proceda alla condanna pecuniaria, il « *quanti ea res est* » coincida con l'*id quod interest creditoris*.

Contro i risultati del KASER si è levato, più di recente, il VOGLI (*Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, in *Pubblicazioni Università di Messina*, vol. 6), il quale ha operato in parte, e con vera genialità, un provvido ritorno alle antiche concezioni, sostenendo che, se è vero che molti elementi del regime classico del risarcimento del danno possono compiutamente spiegarsi solo in relazione al tipo della *condemnatio* formulare, il contenuto del risarcimento non dipende però sempre dal meccanismo processuale delle *formulae*, ma anche dal contenuto del diritto sostanziale dell'attore, la considerazione del quale è il vero ed unico motivo per cui certe condanne in « *quanti ea res est* » sboccano in una prestazione dell'*id quod interest*, anziché in una prestazione della *vera aestimatio rei*, che la tecnica formulare invece richiederebbe.

4. — L'esame delle fonti non può non indurre, io credo, ad aderire pienamente ai risultati del VOGLI, d'anzì sommarariamente accennati. Tali risultati son forse poco suggestivi, perchè si risolvono nell'abbandono di un criterio generale per la determinazione del risarcimento nel diritto romano classico e nel rinvio alla soluzione specifica per ciascuna fattispecie della casistica, ma sono indubbiamente i più esatti.

Il diritto romano classico non conobbe un criterio unico, nè il concorso di vari criteri per la determinazione della prestazione di risarcimento, ma ammise caso per caso la soluzione sostanzialmente più equa e nel contempo più logica, compatibilmente con le esigenze assolutamente inderogabili della tecnica formulare (v. già, in questo senso, ARANCIO RUIZ, *Istituzioni cit.*, p. 389). Una breve esemplificazione varrà a confermare la tesi.

a) È noto che la *condemnatio* formulare si dice *certa*, quando essa corrisponda esattamente a quella parte della formula in cui è enunciata la pretesa dell'attore (*intentio*). Ma, dato che la *condemnatio* non può essere che pecuniaria (v. *retro* n. 3 in pr.), è chiaro che una *condemnatio certa* può aversi solo in quanto la pretesa dell'attore sia relativa ad una somma di danaro. Un esempio è fornito dall'*actio certae creditae pecuniae*, la cui formula era: « *Si paret N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia dare oportere, qua de re agitur, iudex N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia condemnato: si non paret absolutio* ». In questa ipotesi il risarcimento per inadempimento dell'obbligazione non può che corrispondere alla stessa prestazione pecuniaria dovuta.

Ora, nel diritto classico, una importante modificazione venne apportata dal pretore alla formula dell'*actio certae creditae pecuniae*, mediante l'editto « *de eo quod certo loco dari oportet* » (sul quale cfr. LENEL, *Edictum perpetuum*⁶, p. 240 s.). Tizio ha promesso a Caio di pagargli una certa somma ad Efeso, ma Caio sente poi la convenienza di chiedere il pagamento a Roma; stando al rigor del diritto, la cosa non dovrebbe essere possibile, anzitutto perchè Caio incorrerebbe in una *pluris petitio* (che produrrebbe la perdita della lite e il divieto di ripeterla: *causa cadere*), secondariamente perchè Tizio può trovare la sua convenienza nel pagare ad Efeso anziché a Roma. Ma il pretore soccorre ambo i contraenti modificando la formula nella maniera seguente: « *S. p. N.m N.m A.o A.o s. X milia Ephesi d. o., quanti ea res est, tantae pecuniae iudex N.m N.m A.o A.o c.: s.n. p.a.* ». Ecco dunque, un caso tipico di *condemnatio in quanti ea res est*, nella quale il *quanti ea res est* non corrisponde punto alla *vera aestimatio rei* (diecimila sesterzi), ma è anzi dedotto in formula all'unico fine che la condanna del giudice possa tener conto dei sostanziali interessi sia dell'attore che del convenuto (1).

b) Se la *intentio* della formula non è espressa in denaro, la *condemnatio*, dovendo essere necessariamente pecuniaria, non può corrispondere, ed è quindi *incerta*. Essa può allora assumere le seguenti forme:

α. o essere in « *quanti ea res est (erit, fuit)* », che è la forma di *condemnatio* più diffusa;
β. o essere in « *quidquid N.m N.m dare facere oportet eius condemnato* », che si ha nelle azioni *ex stipulatu* o *ex testamento* (se si tratti di *obligatio incerti*), nei giudizi divisorii e (con la clausola ulteriore « *ex fide bona* ») nei *iudicia bonae fidei*;

γ. o essere in « *quantum aequum videbitur* », che si trova rarissimamente.

Tralasciamo la categoria γ, che è di minore importanza ed occupiamoci delle categorie α e β.

(1) Aderisco, nel testo, alla convincente dimostrazione dell'ARANCIO RUIZ, *Studi formulari*, I: *de eo q. c. l. d. o.*, in *Bullettino Ist. dir. romano*, 25 (1913), p. 130 s., accolta dal BERETTA, *Le formule in « id quod interest »*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 3 (1937), p. 419 s. È da notare che i testi parlano, a proposito dell'*actio de eo quod certo loco*, di una *condemnatio « in id quod interest »*, ma è evidente che essi non alludono alla *condemnatio* (parte della formula), sì bene al contenuto della condanna (e così in ogni altro caso di espressioni consimili: v. BERETTA cit.). L'argomento è tuttavia controverso: di una vera e propria *condemnatio in id quod interest* (con riguardo all'interesse del convenuto) parla il BIONDI (*Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, Palermo 1911) e di una *condemnatio* con riguardo all'interesse delle due parti parla il LENEL (cit.), seguito dal VOGLI (cit., p. 10²⁹). Senonchè, che alla valutazione dell'interesse delle parti si sia giunti, nella *condictio certae rei* (formula con *condemnatio incerta*), attraverso il *quanti ea res est* pare ormai certo (cfr. ARANCIO RUIZ, *Istituzioni cit.*, p. 389): « *Si paret N.m N.m A.o A.o tritici afriaci optimi modios centum Ephesi d. o., quanti ea res est, tantae pecuniae iudex N.m N.m A.o A.o c.: s. n. p. a.* ». Basta questo, io ritengo, per autorizzare la supposizione che all'identico risultato si sia potuti giungere, per la stessa via, in ordine all'*actio certae creditae pecuniae*.

Le azioni in « *quidquid dare facere oportet* », siano o no di buona fede, si risolvono tutte, nel diritto classico, in una prestazione dell'*id quod interest*. Vi sono, è vero, dei passi dai quali risulterebbe che, per alcuni *iudicia bonae fidei*, il fatto che l'illecito non sia doloso o che il negozio apporti utilitas ad una sola delle parti, implica che in tal caso venga attribuita all'attore la *aestimatio rei*; ma l'alterazione di questi testi, già tutti ampiamente sospetti (D. 19. 1. 13 pr.; 18. 1. 45; 47. 2. 63. 1-3; 47. 2. 62, 5-7: v. *Index interpolationum*), è stata convincentemente dimostrata dal VOCI (cit. 83 s.). Al contrario, il VOCI (cit. 90 s.) vorrebbe giustificare alcuni casi di apparente *aestimatio* scaturenti da formule in « *quidquid dare facere oportet* » come « dovuti al motivo che la struttura del rapporto sostanziale dedotto in giudizio non permetterebbe una misura diversa del risarcimento ». Io non sono di questo avviso e ritengo piuttosto che nelle fattispecie citate dal VOCI abbiano giocato criteri di equità, parendomi tutt'altro che sicuro che la *aestimatio* sia imposta dalla struttura del rapporto sostanziale. Prescindendo da D. 19. 1. 11. 18, sicuramente alterato (v. *Index interpolationum*) e quindi poco sicuro, si ponga mente a questi due testi:

D. 19. 2. 30 pr. (Alfenus 3 dig. a Paulo epit.) *Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita locavit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam: quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret. Respondit, si vitium aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari: si autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.*

Tizio ha dato in locazione la propria insula a Caio; questi ne ha affittato i singoli appartamenti a tanti sublocatari, in modo da rifarsi della pigione e da guadagnarci un tanto. Avendo Tizio proceduto alla demolizione dell'edificio prima dello scadere del contratto, e avendo Caio agito in risarcimento contro di lui con l'*actio conducti*, Alfenus decide che, se la demolizione fu impresa volontariamente, Tizio è tenuto a prestare l'*id quod interest*, se invece la demolizione fu dovuta imprendere per necessità di cose, Tizio è tenuto a prestare quel tanto di pigione che corrisponde al periodo di tempo per cui è abbreviata la durata del contratto. Nel primo caso l'*id quod interest* involge, come di regola, non solo il danno emergente, ma anche il lucro cessante di Caio; nel secondo caso esso si limita al danno emergente, perchè non sarebbe equo costringere il locatore, che è stato costretto dalla necessità delle cose alla demolizione dell'*insula*, a risarcire anche il lucro cessante. Come si vede, un elemento estrinseco di valutazione è additato al giudice della causa: la decisione di Alfenus ricorda chiaramente la formula del Progetto (art. 22), per cui la determinazione del lucro cessante nel calcolo dell'*id quod interest* è rimessa al sano criterio di equità del giudice.

D. 17. 1. 36. 1. (Javolen. 7 ex Cassio) *Simili modo et in illa specie, ubi certo pretio tibi emere mandavi et aliarum partium nomine commode negotium gessisti et vilius emeris, pro tua parte tantum tibi praestatur, quanti interest tua, dummodo intra id praetium, quod mandato continetur. Quid enim fiet, si exiguo praetio hi, cum quibus communis fundus erat, rem abicere vel necessitate rei familiaris vel alia causa cogerentur? non etiam tu ad idem dispendium deducis.*

Tizio ha mandato a Caio di comprare per una certa somma il fondo Corneliano, di cui Caio è condomino; Caio riesce ad acquistare il fondo per una cifra minore del previsto e agisce ora in risarcimento per la sua parte con l'*actio mandati contraria*. Tizio deve prestargli l'*id quod interest* e non la quota minore cui Caio, come condomino, avrebbe diritto: ed è naturale che l'*id quod interest* di Caio, se non è certo inferiore a quella quota, non può essere certo superiore alla quota che egli avrebbe conseguito se il fondo Corneliano fosse stato comprato per la somma prevista. Anche in questo caso, è chiaro il gioco dei motivi di equità nello specificare l'*id quod interest*: ma il risarcimento è e rimane rapportato all'*id quod interest* e non diremo che esso si concreti nella *aestimatio rei*.

c) Rimane da parlare, quanto alle formule con *condemnatio incerta*, di quelle con condanna in *quanti ea res est*, che sono le più frequenti. Si noti che la *condemnatio* può assumere in queste formule tre varianti: 1) essere in *quanti ea res est*, con riferimento al momento della *litis contestatio* (che è quello in cui viene stilata la formula); 2) essere in *quanti ea res erit*, con riferimento al momento del giudizio da parte dell'*iudex privatus*; 3) essere in *quanti ea res fuit*, con riferimento al momento

in cui avvenne il fatto dannoso, o comunque ad un momento anteriore alla *litis contestatio*. La terza ipotesi è esclusiva delle azioni penali, e non interessa pertanto in questa sede; la seconda ipotesi è caratteristica delle azioni arbitrarie (in base alle quali il giudice condannerà solo se le parti non avranno ottemperato ad un suo preventivo *iussum de restituendo*) e delle azioni esercitate a seguito di una mancata restituzione (anteriore, dunque, alla *litis contestatio*; es.: *actio pigneraticia in factum*); la prima ipotesi si riferisce ad ogni altra azione.

Come già prima accennato, il KASER (op. cit.) sostiene che la rispondenza tra *quanti ea res est* e *aestimatio rei* si avesse in tutti i casi, salvo che in quello delle azioni arbitrarie; in questo secondo caso la condanna in *quanti ea res erit* portava all'obbligo di risarcire l'*id quod interest creditoris*. Ma la teoria non regge, nè in punto di argomentazioni generali (ottimamente criticate dal VOCI, cit. 17), nè in punto di esegesi: basti dire che portano ad una condanna di risarcimento dell'*id quod interest* alcune *actiones in factum* (che non sono azioni arbitrarie: D. 39. 2. 4. 7-10; D. 25. 5. 1. 1-3).

Può concludersi, dunque, — con il VOCI (cit., p. 59 s.) — che, tendenzialmente, la condanna in *quanti ea res est* porta al risarcimento sulla base obbiettiva della *vera aestimatio rei*, che viene attribuita all'attore. Ma qui si arrestano, anche nel diritto romano classico, le esigenze formali della struttura formulare: « la *res*, di cui parla la clausola in parola, assume un significato più o meno ideale, che influisce sull'*aestimatio* »: significato elastico, che può spingersi sino all'attribuzione dell'*id quod interest* all'attore.

d) Se ora vogliamo riassumere lo sviluppo subito dalla materia del risarcimento del danno in tutto il corso del diritto romano, possiamo dire che non esistono, nel diritto classico, campi ben delimitati tra l'*aestimatio rei* e l'*id quod interest*. Le azioni in *quidquid N.m N.m dare facere oportet* portano sempre ad una condanna in *id quod interest*; ma le azioni in *quanti ea res est(erit)*, che sono più numerose, possono portare sia alla *aestimatio* — come la formula, a stretto rigore, parrebbe richiedere — che all'*id quod interest*; per modo che deve veramente dirsi, col VOCI, che già nel diritto romano classico influiva sulla determinazione del risarcimento la fattispecie sostanziale.

Ma un punto vorrei anche chiarire. Che è indubitabile, sin dal diritto classico, l'esistenza di una certa quale tendenza a riassumere il contenuto del risarcimento nel concetto, se non sempre più favorevole al creditore, certo più duttile e comprensivo, dell'*id quod interest*. Questa tendenza risulta ovvia sol che si pensi al notevolissimo lavoro svolto dalla giurisprudenza classica per svincolare la misura del risarcimento dalle pastoie della formula in *quanti ea res est*, ma risulta anche dal modo stesso di formulazione dei seguenti frammenti:

D. 50. 16. 179 (Ulp. 51 ad Sabinum) *Inter haec verba « quanti ea res erit » vel « quanti eam rem esse paret » nihil interest: in utraque enim clausula placet veram rei aestimationem fieri.*

D. 50. 16. 193 (Ulp. 38 ad edictum) *Haec verba « quanti eam rem paret esse » non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur.*

Tanto l'uno quanto l'altro frammento non hanno portata generale se non nella compilazione giustiniana, in quanto si trovano disposti nel titolo *de verborum significatione* dei Digesti: nelle opere di Ulpiano, da cui sono stati estratti, essi avevano un riferimento strettamente specifico (cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Ulp. n. 2986 e 1056, nonché, a proposito del secondo testo, *Edictum perpetuum*², p. 340³). Il dettato dell'uno e dell'altro dimostra ampiamente che, ai tempi di Ulpiano, la colleganza tra formula in *quanti ea res est* e condanna nella *vera aestimatio rei* non era sentita come ovvia, ma doveva essere specificamente additata.

Di fronte a questi risultati, valevoli per il diritto classico, la posizione del diritto postclassico-giustiniano risulta ambigua e confusa, almeno a prima vista. La tendenza classica a concentrare il risarcimento del danno nel concetto dell'*id quod interest* è indubbiamente favorita e potenziata sino ai limiti della logica, e molte sono le interpolazioni che rivelano la sostituzione postclassico-giustiniana del metodo dall'*aestimatio* con quello dell'*id quod interest*. Tuttavia non mancano le interpolazioni in direzione perfettamente contraria (v. retro sub d), nè affermazioni generali sorprendenti, del genere di quelle che abbiamo veduto dianzi (D. 50. 16. 179 e 193). È da ritenere, peraltro, che nel diritto postclassico-giustiniano il trionfo abbia arreso al metodo dell'*id quod interest*: il fatto

che questo sia il prediletto dai glossatori e dai compilatori nelle interpolazioni di specie, unito all'esautoramento del processo formulare, non può non svalorizzare le dichiarazioni di D. 50. 16. 179 e 193, nella sistemazione dei quali entro il titolo *de verborum significatione* dei Digesti ravviseremo gli esempi di quella che, con buon fondamento, definisce il PRINGSHEIM l'«*archaistische Tendenz Justinians*».

5. — Un ultimo punto, già studiato ultimamente dal VOCI, occorre ora vedere, a complemento del nostro *excursus* sulla dottrina classica e postclassica del risarcimento del danno. Riconosciuto che, più o meno largamente, il diritto romano riconobbe il principio, oggi imperante, dell'*id quod interest*, v'è da chiedersi se esso abbracciasse in sé non pure il danno emergente, ma anche il lucro cessante.

Ora, qui bisogna ricordare che il GUARNERI CITATI (*Miscellanea esegetica*, I. 68 s.) ha avanzato il sospetto che solo i Giustinianeî abbiano concesso il risarcimento del lucro cessante, perchè interpolato gli pare l'unico testo della compilazione che di esso esplicitamente ragiona, con formulazione generale.

D. 46. 8. 13 pr. (Paulus 76 ad edictum) *Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum in tantum competit «ex stipulatu actio», in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui.*

Id est potui sarebbe interpolato e lo ammettono pure il PRINGSHEIM (*Studi Riccobono*, vol. IV, p. 327⁶⁷) e il VOCI (cit., p. 64), i quali però sostengono la tesi che il risarcimento del lucro cessante fosse già noto al diritto classico. A me pare di poter addirittura sostenere, con lo HEYMANN (*Studi Bonfante*, vol. II, p. 448¹⁴), che il testo sia classico: vero è che *id est* è caratteristico delle giunzioni postclassiche, ma altri elementi di sospetto non vi sono; il VOCI (cit., p. 64¹⁵) adduce la sconcordanza dei tempi *abest... potui*, ma essa — di fronte al *quantum mea interfuit* (non *interest*) — non mi par del tutto decisiva. Sta di fatto, comunque, che l'accenno al lucro cessante non può essere scalzato da D. 19. 2. 33 (African. 8 quaest.) e che parecchi decisioni di specie (fra cui quella di D. 19. 2. 30 pr., esaminato *retro*, n. 4, *sub b*) sono indubbiamente imperniate sulla considerazione, non solo del danno emergente, ma anche del lucro cessante (v. anche D. 10. 2. 25. 17, 40. 7. 3. 4, 17. 1. 22. 4, su cui VOCI, cit. p. 65 s.). [Prof. A. Guarino].

135). RG. 15. 12. 1936; JW. 1937, p. 740⁵.

— «COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO».

Contro l'azione di risarcimento di danni promossa da un comune esercente una Cassa comunale di Giro, per rivalersi delle perdite derivate dalla concessione di crediti ad una impresa locale, effettuata contro le norme del regolamento di amministrazione, il direttore della Cassa, responsabile di tale concessione, può opporre che senza di essa il crollo dell'impresa si sarebbe verificato ancor prima, importando il licenziamento di circa 50 operai e in conseguenza l'onere per il comune di corrispondere il sussidio di disoccupazione; che l'ammontare di questi sussidi sarebbe stato maggiore della perdita subita per causa della concessione dei crediti; e che proprio per siffatte considerazioni erano stati intenzionalmente messi da parte i timori sulla sicurezza dei crediti.

Der Leiter der von einer Landgemeinde betriebenen Girokasse, der entgegen den Verwaltungsvorschriften einem ortsansässigen Fabrikanten Kredite gewährt hat, kann gegenüber dem Schadensersatzanspruch der Gemeinde wegen der aus diesem Kredit entstandenen Verluste einwenden, dass ohne diesen Kredit der Fabrikant schon früher zusammengebrochen wäre und etwa 50 Arbeiter hätte entlassen müssen, die der Erwerbslosenfürsorge der Gemeinde zur Last gefallen wären, dass die Aufwendungen hierfür höher gewesen wären als der Verlust aus dem Kredit, und dass aus diesen Gründen bewusst die Befürchtungen für die künftige Sicherheit des Kredits zurückgestellt seien.

ANMERKUNG. — Das Berufungsgericht hatte angenommen, «der streitige Schaden sei dadurch entstanden, dass dem Fabrikanten nicht genehmigter Kredit und überhaupt so hoher, nicht genügend gesicherter Kredit eingeräumt worden sei, dagegen sei der etwaige Vorteil aus ersparten

SEN

Auf
Fab
Scha
Ere
einl
brik
zusa

con
del

die juristische
spruch im rö
«compensatio
denersatzansp
BENSA, § 258
1938, JW 193
di SCHMIDT e
sprudenza ita
DE CUPIS, in
zioni di diritto
tedesco conte
spiega, quant
tace sull'argo
sulta dai Mot
pensazione de
che, non pres
una definizio

La dottr
sull'argoment
compensazio
anche in casc
spesso davan
l'evento proc

2. — Tut
nel silenzio d
presentino un

Alcuni s
s., 44 s.; EIC
ritengono ch
anche se il d
mente osteg
p. 170 s.), la
crum derivan
per diritto c
D. 19. 1
si quis duos
debat; nam
sed rectius es
emptori sive
All'intel
prima parte,