

LE OBBLIGAZIONI IN DIVISA STRANIERA,
IL CORSO DI CAMBIO ED IL MAGGIOR DANNO DA MORA(*)

1. - La decisione della Suprema corte (con la quale contrasta la recentissima pronunzia del collegio varesino) conferma l'orientamento tradizionale della nostra giurisprudenza nelle obbligazioni in moneta straniera denominate «corso valore». Esse sono quelle in cui il debitore può liberarsi prestando i pezzi pattuiti in moneta straniera o, in alternativa (a differenza di quelle «corso effettivo»), la corrispondente quantità della moneta nazionale. Trattasi dell'ipotesi regolata dall'art. 1278 c.c. La norma prevede che la prestazione facoltativa in moneta nazionale avvenga «al corso di cambio della scadenza».

Tuttavia, la dominante opinione limita la portata della norma all'ipotesi del pagamento tempestivo⁽¹⁾. Il debitore che paghi dopo la scadenza continuerebbe, cioè, ad essere libero di prestare moneta nazionale in luogo di quella straniera, ma «al corso di cambio del pagamento», invece che della scadenza⁽²⁾. La *facultas solutionis* finisce così per essere conservata

(*) Da «Il Foro italiano», 1989, I, p. 1210 e ss.

Lo scritto annota le seguenti massime:

CORTE DI CASSAZIONE, sez. III, 16.3.1987, n. 2691, Pres. Lo Surdo, Est. Iannotta, P.M. Leo (Concl. conf.); Balboni c/ Baldrati:

«Il debitore inadempiente di una somma di danaro in valuta estera deve nel caso di sopravvenuta svalutazione della moneta italiana rispetto a quella estera, la differenza tra il cambio alla data della scadenza e quello alla data del pagamento».

Trib. Varese, 6.3.1989, Pres. ed Est. Aliquò Mazzei, Zindt c/ Amati:

«Il debitore di una somma determinata in valuta estera è tenuto a restituire alternativamente la quantità espressa nella medesima valuta o il valore in moneta legale al corso del cambio del giorno della scadenza con gli interessi nella misura legale».

⁽¹⁾ Sulle orme di ASCOLI, in *Riv. dir. civ.*, 1920, p. 404, *id.*, 1921, p. 383, *id.*, 1922, p. 296, sin dai tempi del precedente art. 39 dell'abrogato codice di commercio.

⁽²⁾ A favore del cambio al pagamento in giurisprudenza: Cass. 22 novembre 1986,

solo formalmente in quanto si ridurrebbe alla sola libertà di prestare una specie monetaria diversa da quella pattuita, ma ragguagliata esclusivamente al valore di quest'ultima.

Codesta opinione non appare fondata all'autore di queste righe per numerose considerazioni⁽³⁾.

2. - Cominciamo col dire che l'art. 1278 riserva al debitore la *facultas solutionis* solo «al corso del cambio nel giorno della scadenza».

La norma è quella che è. Non si riesce a cogliere come una tale formula legislativa possa in alcun modo giustificare il riferimento al cambio al pagamento. Al limite, si potrebbe ipotizzare la perdita della *facultas solutionis*, ma la conseguenza sarebbe quella che il debitore potrebbe liberarsi esclusivamente col prestare moneta straniera. Non sembra che si possa ricavare la conclusione che il debitore conservi la *facultas* di prestare moneta nazionale, ma ad un cambio assolutamente diverso, quale quello «al pagamento».

La soluzione proposta appare, del resto, erronea perché è destinata a peccare insieme per eccesso e per difetto. La moneta straniera, successivamente alla scadenza, può variare al ribasso o al rialzo rispetto a quella nazionale. Il corso di cambio al pagamento, nel caso in cui la moneta straniera sia in ribasso rispetto a quella nazionale, codificherebbe un pregiudizio irreparabile del creditore e, viceversa, un vantaggio per il debitore. All'opposto, in caso di rialzo, procurerebbe un lucro al creditore che non abbia cambiato e una pena privata al debitore⁽⁴⁾.

n. 6887, *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Obbligazioni in genere*, n. 46, e 17 maggio 1983, n. 3414, *id.*, Rep. 1983, voce *cit.*, n. 51, tra le molte; in dottrina: ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1963, p. 366; QUADRI, *Le clausole monetarie*, Milano 1981, p. 150; di recente INZITARI, in *Banca, borsa, ecc.*, 1988, II, p. 583, in nota alla pronuncia di Cassazione su riprodotta. Sul precedente art. 39 dell'abrogato codice di commercio, per la identica soluzione, in giurisprudenza; App. Genova, 19 maggio 1922, *Foro it.*, 1922, II, p. 757; in dottrina: ASCOLI, *op. loc. cit.*, e COGLIOLO, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 303.

⁽³⁾ A favore del cambio alla scadenza: VALCAVI, *Il corso di cambio ed il danno da mora nelle obbligazioni in moneta straniera*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, III, p. 251 (nonché *Se il credito di un lavoratore estero-residente debba essere rivalutato ex art. 429, 3° comma, c.p.c.*, *id.*, 1984, II, p. 504 e *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, *id.*, 1987, II, p. 54). Sul precedente art. 39 dell'abrogato codice di commercio, in tale senso: VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1926, IV, n. 1568, p. 63; F. VASSALLI, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 260; ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1928, pp. 173, 190, 191.

⁽⁴⁾ Nel mio *Il corso di cambio*, *cit.*, pp. 258, 261, ho criticato la concezione penale

Non appare ipotizzabile, nel silenzio della legge, una soluzione imperniata sul trapasso della facoltà di scelta dal debitore al creditore⁽⁵⁾. Il quale, così, potrebbe pretendere il *quantum plurimi*, non diversamente dall'art. 47, 1° comma, della legge cambiaria, che è norma speciale ed insuscettibile di applicazione analogica.

È da escludersi, infatti, l'applicabilità dell'art. 1287 c.c., sia perché esso prevede il trapasso della facoltà di scelta solo dopo la condanna, sia perché postula un'obbligazione alternativa e non facoltativa, com'è il caso di specie.

Il permanere della *facultas solutionis* in capo al debitore, secondo il cambio della scadenza, ha tutta una sua logica.

Corrisponde alla regola dell'esatto adempimento (arg. ex art. 1184 c.c.) e della *perpetuatio obligationis*⁽⁶⁾. L'ordinamento giuridico utilizza qui il tornaconto del debitore per realizzare il fine, di pubblico interesse⁽⁷⁾, alla conservazione del patrimonio valutario nazionale, secondo la più alta ragione di cambio della nostra moneta, tenuto conto che il nostro paese è sempre stato caratterizzato da una bilancia dei pagamenti strutturalmente passiva.

La soluzione adottata è diversa (e più flessibile) e tuttavia tesa al medesimo scopo di quella di altri ordinamenti che contemplano la conversione obbligatoria della moneta straniera in quella corrente presso di essi⁽⁸⁾.

Il pubblico interesse di cui si è detto non cessa alla scadenza dell'obbligazione, ma va ben oltre la stessa. Il tornaconto del debitore si realizzerà attraverso la scelta più conveniente, che sarà quella di prestare la moneta che nel frattempo si sarà svalita, nel rapporto di cambio. Ciò può verificarsi senza alcun danno per il creditore. È il caso del debitore straniero che presti al creditore italiano moneta avente da noi corso legale ex art.

adombrata anche da questa decisione della Suprema corte, per cui la legge dovrebbe preoccuparsi di rendere più gravoso il sacrificio del debitore invece di limitarsi a tutelare il danno del creditore. Qui si scambia la locupletazione con la minore onerosità per il debitore.

⁽⁵⁾ Nel senso opposto del trapasso della facoltà del creditore, v. INZITARI, *cit.*, p. 589; CRISCUOLI, in *Banca, borsa, ecc.*, 1982, I, p. 691, in via analogica con l'art. 47 della legge cambiaria.

⁽⁶⁾ VALCAVI, *Il corso di cambio*, *cit.*, pp. 257, 258.

⁽⁷⁾ ID., *cit.*, p. 261.

⁽⁸⁾ Così USA e Svizzera. Per la Svizzera, l'art. 67 della legge federale sulla esecuzione e la dottrina sull'art. 232 della legge fallimentare sanciscono che il credito debba essere espresso in valuta legale svizzera. Per cenni di diritto comparato; ASCARELLI, *cit.*, n. 96, p. 308.

1278 o, viceversa, del debitore italiano che paghi al creditore straniero la moneta straniera corrente nel suo paese, deprezzatasi durante la mora⁽⁹⁾. Sia il creditore italiano, sia quello straniero non derivano alcun danno dalla prestazione della moneta circolante nei loro paesi, anche se nelle more fosse ribassata sul mercato dei cambi. L'ordinamento giuridico non ha alcun motivo di intervenire per procurare un lucro al creditore.

La scelta può tuttavia verificarsi con danno per il creditore. È il caso in cui il debitore italiano presti al creditore straniero la moneta avente da noi corso legale in ribasso e, viceversa, il debitore straniero presti al creditore italiano la moneta straniera nel frattempo deprezzatasi⁽¹⁰⁾.

Il nostro sistema si preoccupa di preservare il risarcimento del danno da mora senza togliere al debitore il diritto di scegliere *ex art.* 1278. Nei casi sopra indicati il creditore potrà pretendere il differenziale di cambio a titolo di risarcimento del maggior danno da mora.

La sopravvenuta svalutazione della moneta prestata, rispetto a quella in cui il creditore avrebbe cambiato, avrà rilievo come maggior danno da mora risarcibile *ex art.* 1224, 2° comma, c.c. Questa conclusione ha il conforto della relazione ministeriale al nostro codice civile ed a suo tempo dell'art. 434 del progetto Vivante-Mortara del codice di commercio⁽¹¹⁾.

3. - Il problema finisce così per trovare la sua soluzione nell'ambito della logica del risarcimento del danno.

Il corso di cambio al pagamento è stato giustificato, da una parte della dottrina, quale metodo forfettario di liquidazione del danno⁽¹²⁾. Trattasi del criterio oggettivo, corrispondente a quello della *aestimatio rei*⁽¹³⁾. L'anacronismo di tale criterio appare, nel nostro caso, da quanto si è sopra scritto a proposito della sua manifesta inadeguatezza per eccesso e per difetto.

La soluzione corretta va individuata, all'opposto, ricorrendo al criterio soggettivo, che è poi il solo consentito. Trattasi del *quod interest* secondo

⁽⁹⁾ VALCAVI, *op. ult. cit.*, p. 261.

⁽¹⁰⁾ ID., pp. 261, 262.

⁽¹¹⁾ La relazione del Guardasigilli sul codice civile vigente al n. 36, p. 26, recita testualmente: «Il maggior danno può essere risarcito (ad es. la differenza di cambio nei debiti in moneta straniera)». Così sanciva l'art. 434 del progetto Vivante-Mortara. Il cambio al pagamento di cui all'art. 11 del progetto preliminare è stato abbandonato dall'art. 1278 c.c.

⁽¹²⁾ ASCOLI, *op. loc. cit.*; COGLIOLO, *op. loc. cit.* Critica tale profilo VASSALLI, *cit.*, p. 255.

⁽¹³⁾ VALCAVI, *Il tempo di riferimento*, cit., pp. 48 ss.; ID., *Indennizzo e lucro nel risarcimento del danno*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 681.

il *quod plerumque accidit*. Il danno va, cioè, risarcito sulla base di quello che sarebbe accaduto secondo l'ordine naturale delle cose e non ha potuto verificarsi a seguito dell'inadempienza altrui (*Differenztheorie*)⁽¹⁴⁾. Occorre perciò ricostruire, attraverso un giudizio di prognosi postuma, quale sarebbe stato il comportamento del creditore nel caso avesse ricevuto puntualmente la prestazione.

Il problema si riduce in definitiva ad alcune domande. Il creditore avrebbe normalmente cambiato la moneta (*in obligatione* o *in facultate*) in un'altra, quale, ad es., quella circolante nel paese, dove abitualmente dimora o commercia? La moneta ricevuta durante la mora è ribassata rispetto a quella in cui avrebbe cambiato? In questi casi il differenziale di cambio corrisponde al danno emergente, patito dal creditore. Esso deve essere naturalmente provato. Si potrà ricorrere ovviamente alle presunzioni. Ciò accadrà particolarmente nei paesi in cui la legge obbliga, come da noi, in questo momento, a cambiare la divisa straniera in quella avente corso legale.

Il creditore italiano, ove avesse ricevuto tempestivamente la moneta straniera, avrebbe dovuto cederla entro pochi giorni all'ufficio italiano dei cambi (Uic)⁽¹⁵⁾. Ciò si sarebbe verificato al cambio in corso in quel momento. Il ribasso della divisa straniera, sopravvenuto durante la mora, deve presumersi perciò corrispondere ad un danno emergente risarcibile *ex art. 1224, 2° comma*.

Resta a vedersi se al contrario il sopravvenuto rialzo della divisa straniera *in obligatione* possa dar luogo all'ipotesi di un lucro cessante. Ciò è da escludersi da noi, perché la nostra legge proibisce di detenere e spendere la moneta straniera, per via del monopolio statale delle divise straniere⁽¹⁶⁾.

Il lucro cessante è risarcibile nei paesi liberistici in materia di cambio⁽¹⁷⁾. Qui il creditore potrà assumere e provare che, ad es., in vista di un affare avrebbe continuato a tenere presso di sé la divisa straniera, che nelle more abbia registrato un rialzo.

(14) VALCAVI, *Il tempo di riferimento*, cit., p. 49; G. PUGLIESE, in *Foro it.*, 1955, I, p. 578.

(15) Entro sette giorni la divisa straniera deve essere ceduta all'Ufficio Italiano dei Cambi ai sensi dell'art. 8 D.L. 6 giugno 1956 n. 476.

(16) Il pubblico interesse è alla base della normativa valutaria fortemente vincolistica e oltretutto sino a poco fa penalmente sanzionata ai sensi del R.D.L. 8 dicembre 1934, n. 1942, D.L. 6 giugno 1956 n. 476, legge 8 ottobre 1976 n. 689.

(17) Sono paesi a liberismo valutario: Svizzera, Germania, USA, Austria, Canada, Olanda, Belgio, Svezia, Norvegia, Australia. Sono tradizionalmente vincolistici: Italia, Francia, Spagna, Grecia ed in genere il sud America.

Le considerazioni da ultimo esposte offrono, implicitamente, anche la risposta risolutiva al problema, posto all'inizio e relativo a quale corso di cambio occorra riferirci *ex art.* 1278. In effetti per stare al nostro ordinamento, la legislazione vincolistica che impone la cessione entro pochi giorni della divisa straniera all'ufficio italiano dei cambi esclude che possa farsi riferimento «al cambio differito al pagamento», invece che «alla scadenza», supponendo che il creditore avrebbe continuato a tenere in essere l'investimento nella moneta straniera *medio tempore*, per l'intero periodo della norma.

4. - Resta in via ulteriore a vedersi se il processo inflazionistico, riguardante la divisa straniera, dedotta in obbligazione, dia luogo ad un maggior danno emergente risarcibile *ex art.* 1224, 2° comma.

Questa è la tesi corrente oggi giorno nella nostra dottrina⁽¹⁸⁾. Trattasi di opinione manifestamente erronea. È piuttosto inconcepibile che il nostro paese possa venire scambiato per una isola privilegiata, dove si garantisce la stabilità del potere di acquisto alle più diverse monete del mondo. È ormai superata in misura crescente anche da noi la tesi della indennizzabilità del c.d. danno inflazionistico, pur con riguardo alla nostra moneta nazionale, a favore del maggior interesse di mercato⁽¹⁹⁾.

Passiamo ora a vedere in che modo ed entro quali limiti il lucro cessante sia risarcibile con riguardo alla divisa straniera. Il risarcimento è qui dovuto in termine di interessi moratori. È lecito dubitare che il saggio legale di interesse inerisca anche alla moneta straniera⁽²⁰⁾. Il saggio legale del 5% di cui agli art. 1224, 1° comma, e 1284, così poco adeguato a proposito della nostra moneta, appare sovente al limite o al di sopra dell'interesse di mercato, se riferito a talune monete straniere⁽²¹⁾.

A questo rendimento di mercato bisogna riferirsi. Ogni moneta ha un suo specifico rendimento di mercato. La soluzione del problema passa, perciò, attraverso l'individuazione dello specifico interesse di mercato della singola divisa. In via indicativa potrà farsi ricorso analogico all'art. 83 della convenzione dell'Aja, che precisa l'interesse moratorio di ogni divisa

(18) Così ASCARELLI, *cit.*, pp. 396 ss., tra i molti.

(19) Da ultimo Cass., Sez. un., 5 aprile 1986, n. 2368, *Foro it.*, 1986, I, p. 1265.

(20) Nel senso della inapplicabilità dell'interesse legale al debito in moneta straniera sull'art. 1231 c.c.: ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, *cit.*, p. 195; VASSALLI, *op. loc. cit.*; PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, Milano, 1940, p. 118. La sentenza del Tribunale di Varese, invece, applica l'interesse legale anche sulla divisa straniera.

(21) Gli interessi bancari sull'euro-mercato a vista relativamente alle più importanti diverse straniere, il 1° marzo 1989 sono i seguenti: Yen 4%; Franco svizzero 5,50%; Marco tedesco 6,37%; Ecu 8,43%; Sterlina 11,50%; Dollaro USA 9,81%.

in un punto al di sopra del loro tasso ufficiale di sconto⁽²²⁾. La soluzione offerta assorbe, perciò, anche il problema del maggior danno moratorio ex art. 1224, 2° comma, in termine di lucro cessante. La conclusione è identica a quella che il medesimo problema può ricevere da noi per la nostra moneta.

5. - Esaminiamo ora quale sia la corretta soluzione da dare al problema del risarcimento del danno da mora, nelle obbligazioni in moneta straniera denominate «corso effettivo», che sono quelle in cui le parti pattuiscono che il debitore possa liberarsi esclusivamente prestando la divisa straniera (art. 1279 c.c.). L'opinione dominante si pone anche qui dall'angolo visuale di chi non nutre fiducia nella nostra moneta a favore di quella straniera.

Essa ritiene che debba essere risarcita la svalutazione della moneta italiana rispetto a quella straniera e non viceversa un eventuale ribasso di cambio della divisa straniera rispetto alla nostra⁽²³⁾. Trattasi di due pesi e di due misure a tutto danno del creditore italiano ed a favore del debitore straniero in mora.

La proposta di ripiego di risarcire lo specifico danno inflazionistico della moneta straniera non appare accettabile per la ragione piuttosto evidente che il creditore italiano non è destinato a risentire danno dalla perdita di potere di acquisto interno di una moneta, perché non vive nel paese dove ha corso legale. Il danno da mora della moneta straniera «corso effettivo», a mio modo di vedere, si pone in termini identici a quello delle obbligazioni «corso valore».

Esso deve essere indennizzato sia per quanto riguarda il differenziale di cambio subito dal creditore che dimostri avrebbe cambiato la moneta straniera, ove ricevuta per tempo, sia per quanto attiene al mancato normale rendimento di mercato.

Un discorso a sé merita il danno da mora delle obbligazioni di cui sia stata pattuita la indicizzazione alla moneta straniera, sino alla scadenza. Non è accoglibile l'opinione per la quale il debito dovrebbe continuare ad adeguarsi sino al pagamento⁽²⁴⁾.

L'indicizzazione non può andare oltre il termine convenuto dalle parti. Trattasi infatti, di un'obbligazione in moneta italiana, il cui danno da mora sarà risarcito alla stregua dei comuni criteri di applicazione dell'art. 1224,

(22) Al tasso di mercato fa riferimento anche l'art. 84 della convenzione di Vienna sulla vendita di cose mobili.

(23) ASCARELLI, *cit.*, pp. 390 ss., e giurisprudenza ivi richiamata.

(24) Così invece Cass., 24 giugno 1980, n. 3971, *Foro it.*, 1981, I, p. 1369; in dottrina: QUADRI, *cit.*, p. 121; *contra* ANDRIOLI, in *Foro it.*, 1955, I, p. 321.

2° comma. Infine, è da escludersi, a mio avviso, che possa ipotizzarsi un credito di valore in moneta straniera⁽²⁵⁾. Non sembra, infatti, che possa procedersi alla rivalutazione automatica del credito di risarcimento a favore del danneggiato estero residente, perché il danneggiante può avvalersi della *facultas solutionis ex art. 1278* ed in questo caso esso non è destinato a risentire il pregiudizio inflazionistico della nostra moneta, dato che non vive da noi.

In modo analogo il danneggiato, residente nel nostro paese, che abbia riparato all'estero il danno, non pare possa pretendere la rivalutazione automatica della moneta straniera, corrente in un paese il cui pregiudizio inflazionistico non è chiamato a subire. Il ritardo con cui l'indennizzo viene prestato, rispetto al verificarsi del danno, sarà risarcito nel rispetto della *facultas solutionis* in termini di eventuale differenziale di cambio (danno emergente) e di normale rendimento monetario che sia mancato (lucro cessante).

Ciò dimostra in via ulteriore il grado di inaccogliabilità della controversa figura dei crediti di valore e la validità generale della proposta di stimare il danno con riguardo al tempo del suo verificarsi e di indennizzare il successivo ritardo sino al pagamento nei modi e nelle forme di cui all'art. 1224⁽²⁶⁾.

Lo scritto è stato richiamato da:

C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1990, IV, p. 165, nota 8; DE LORENZI, *Obbligazioni parte generale, sintesi di informazione*, Riv. dir. civ., 1990, p. 270; U. BRECCIA, *LE OBBLIGAZIONI*, MILANO, 1991, p. 313; P. CENDON, *COMMENTO AL CODICE CIVILE*, TORINO, 1991, p. 2330.

⁽²⁵⁾ Per il credito di valore nella moneta straniera, v., invece, CAMPEIS-DE PAULI, *La responsabilità civile dello straniero*, Milano, 1982, pp. 392 ss., 403 ss., 416 ss., 429 ss.,

⁽²⁶⁾ Vedi VALCAVI, *Il tempo di riferimento*, cit.; ID., *Indennizzo e lucro del creditore*, cit.; ID., *Il problema degli interessi monetari nel risarcimento del danno*, in *Resp. civ.*, 1987, p. 3.