

ASCO ALFREDI

RIVISTA

DI

# DIRITTO CIVILE

DIRETTA DA

**ALFREDO ASCOLI**

Prof. ord. di diritto civile nella R. Univ. di Pavia

**CARLO LONGO**

Prof. ord. di Istituzioni di diritto romano  
nella R. Univ. di Pavia

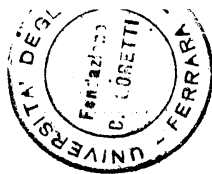
**PIETRO BONFANTE**

Prof. ord. di storia del dir. rom. nella R. U. di Roma

**E. A. PORRO**

Libero docente di diritto civile  
nella R. Univ. di Pavia

ANNO VIII - 1916



**SOCIETÀ EDITRICE LIBRERIA**

MILANO - VIA AUSONIO, 22 - Gall. De' Cristof., 54-55

1916



l'inadempimento, lo stato di guerra, ancorchè per effetto di essa l'obbligazione sia diventata pel debitore più onerosa.

Per potere invocare il disposto dell'art. 1 del decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, n. 379 occorre che l'eccessiva onerosità della prestazione sia derivata dalla guerra italo-austriaca, e non dall'antecedente stato di guerra fra le altre nazioni europee. App. Genova 6 dicembre 1915 (Natellis pres., Ramella est.), *Temi genovese*, 1916, 106.

3. Non la sola impossibilità assoluta obiettiva nell'esecuzione di un contratto vale a porre in essere il caso di forza maggiore ma estando un'impossibilità subiettiva e relativa, anche economicamente considerata.

Per giudicare di tale impossibilità occorre aver riguardo non al solo contratto in disputa, ma al complesso degli impegni del debitore in relazione alla potenzialità economica della sua azione; e quindi non basta provare che l'esecuzione importerebbe pel debitore una perdita, ma occorre dimostrare che questa sarebbe eccessiva, cioè lo porterebbe alla rovina o al fallimento. Il caso di guerra non è imprevedibile e deve quindi ritenersi per regola assunta dal venditore nella vendita a consegna differita, massime perchè la legge l'ha in alcuni casi speciali (assicurazione, locazione) espressamente esclusa. App. Genova, 27 gennaio 1916 (Milano d'Aragona pres., Fernando Pinna est.), *Temi gen.*, 170.

4. La difficile navigazione nell'Adriatico causata dalla guerra italo-austriaca non costituisce forza maggiore o caso fortuito agli effetti di esonerare dall'adempimento dell'obbligazione il venditore di merci da trasportare per mare colla clausola *ex*, massime quando sia possibile spedire le merci per ferrovia. App. Catania, 10 gennaio 1916 (Cimino pres., Scarlata est.), *Mon.*, 288.

5. Per l'applicazione dell'art. 1 decr. luogot. 27 maggio 1915, n. 739 occorre che l'eccessiva onerosità della prestazione abbia origine e causa dal decreto di mobilitazione o dalla guerra italiana. App. Bologna, 25 dicembre 1915 (Ranieri pres., Rinaldi est.), *Giur. it.*, 1916, 88.

Ho raggruppato insieme tutte queste sentenze perchè tutte si riferiscono o alla questione principale circa il significato della forza maggiore nell'art. 1226 cod. civ. e a quella accessoria e consequenziale sul significato dell'art. 1 del decreto luogot. 27 maggio 1915, n. 739.

In qual modo deve giudicarsi dell'impossibilità di eseguire l'obbligazione, che sia sopraggiunta per forza maggiore? Si deve intendere per forza maggiore l'evento cui nessun uomo potrebbe resistere, o anche quello per resistere al quale si richiederebbe uno sforzo superiore a quello che si può pretendere nelle particolari condizioni del caso da un uomo normale? Si deve ritenere responsabile dell'inadempimento anche il debitore, che non ha adempiuto, per un impedimento che con gravissimi sacrifici avrebbe potuto superare, o si deve assolverlo da ogni responsabilità in quanto l'uomo medio,

## NOTE DI GIURISPRUDENZA<sup>(1)</sup>

### DIRITTO CIVILE.

#### OBBLIGAZIONI E CONTRATTI.

##### La guerra come causa di forza maggiore.

1. Il caso fortuito e la forza maggiore, in specie lo scoppio di una guerra, elidono ogni responsabilità del debitore quando gli abbiano impedito di eseguire l'obbligazione, non quando gliene abbiano reso più difficile e più oneroso, sia pure in modo eccessivo, l'adempimento. *El* ciò vale tanto più nella vendita di cose date in contratto soltanto per quantità, specie e qualità. Cass. Firenze 17 gennaio 1916 (Mazzella pres., Germano est.), *Temi genovese*, 138.

2. Al concetto di forza maggiore debesi attribuire una portata relativa in guisa da comprendersi non solo i casi d'impossibilità assoluta, ma altresì i casi in cui il debitore per potere adempiere la propria obbligazione si trovi esposto a pericolo di vita, ovvero a spese, ricerche, attività che superino ogni ragionevole urgenza.

Ma nel caso di vendita di merce dedotta in contratto solo per quantità, specie e qualità non può considerarsi come caso di forza maggiore, che giustificati

(1) Abbreviazioni: *Foro* = Foro italiano; *Giur. it.* = Giurisprudenza italiana; *Giur. tor.* = La Giurisprudenza, edita a Torino; *Mon.* = *Monitore dei tribunali*; *Dir. comm.* = Il diritto commerciale; *Temi gen.* = *Temi genovese*; *Dir. comm.* = *Rivista di diritto commerciale*; *Dir. eol.* = Il diritto ecclesiastico italiano. Le citazioni di questi o di altri giornali senza indicazione di anno si riferiscono all'annata corrispondente a quella della sentenza; si omettono anche per brevità le citazioni delle parti della raccolta, intendendosi in mancanza di altra indicazione citata la parte corrispondente alla materia di diritto civile. Così per *Foro italiano* la parte prima, per la *Giurisprudenza italiana* la parte prima, sez. 1.<sup>a</sup> o 2.<sup>a</sup>, secondo che si tratti di Corte di cassazione o di Corte d'Appello, per la *Rivista di diritto commerciale* e *Il diritto commerciale* la parte seconda.

Dice la sentenza che al concetto di forza maggiore si deve dare una portata relativa, sì da comprendervi anche i casi in cui l'adempimento, pur non essendo impossibile per il debitore, lo esporrebbe a pericolo di morte o alla necessità di sottostare a mezzi, ricerche ed attività, che superano ogni ragionevole esigenza del commercio. Ma anche nella teoria tradizionale dell'impossibilità assoluta, si esclude la responsabilità per inadempimento in simili casi, perchè la teoria si intende ragionevolmente nel senso che si consideri impossibile ogni esecuzione per giungere alla quale siano da superare ostacoli cui la forza dell'uomo *normalmente* non resiste. Gli esempi classici dell'incendio, della ruina, del naufragio, dell'*incursio latronum* (§ 2, I. 3, 14) sono casi, cui è possibile talvolta all'uomo resistere; e tuttavia, se non vi sia la prova che il debitore effettivamente resistesse, si ritengono sempre senz'altro casi di forza maggiore. Se n'ha un esempio nella trattazione fatta dal diritto romano al *commodato*. È scritto nel fr. 5, § 4 *commodati*, 13, 6: « Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quod simile accidit, *dicensum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit*, nisi aliqua culpa intervenit. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnus fatale, non tenebitur, nisi forte cum possit *res commodatas salvas facere suas praetulit* ».

La regola che il commodatario non risponde della *ruina* subisce eccezione se gli eventi dimostrano che il commodatario seppa sottrarsi in parte alla rovina, ma preferì salvare le cose sue. Non è il caso di applicare questa speciale regola nel diritto nostro, perchè è noto anzi che l'art. 1224 cod. civ. ha abolito le distinzioni che in riguardo alla prestazione della colpa faceva il diritto romano fra le varie specie di contratti (fr. 5 citato); ma l'indirizzo finale di questo § 4, sia o non sia genuino di Ulpiano poco importa, dimostra che ci può essere una *ruina*, cui *resisti potest*; anzi più o meno a tutti i casi di forza maggiore l'uomo può resistere almeno in parte, non c'è incendio, non c'è naufragio, non c'è terremoto, da cui non si salvi qualche cosa: il linguaggio popolare suol dire che solo alla morte non c'è rimedio. Dunque quando si parla di impedimento *assoluto* derivante da forza maggiore, se ne parla sempre nel senso della normalità dei casi e della normalità della resistenza umana, non escludendo la possibilità che ad un uomo eccezionale o per circostanze eccezionali sia possibile sottrarsi alla forza maggiore.

Giustamente pertanto l'Osti, *L'impossibilità sopravveniente dalla prestazione obbligatoria*, Imola 1914, p. 9-10, ritiene che all'adempimento non superabile dalle forze umane, debba parificarsi anche *concettualmente*, quello che non sia suscettibile di esser vinto se non col sacrificio dell'integrità personale o di un altro attributo della personalità. E più giustamente, con qualche maggior larghezza, la Cassazione francese 19 novembre 1872, la Corte di Parigi 27 febbraio 1873 ritennero che l'assedio della città ove trovatisi l'officina produttrice dispensi il venditore della consegna per caso di forza maggiore: e analogamente il Consiglio di Stato francese ritenne impedimento di forza maggiore l'assedio della città ove deve farsi la consegna, dispen-

il buon padre di famiglia, quello che il nostro codice assume nell'art. 1224 a tipo dell'onesto debitore, non può esser costretto a rovinarsi per eseguire i suoi obblighi?

Ecco la questione, che nella dottrina suole designarsi con le espressioni, non sempre facili ad intendersi nel loro preciso significato, di forza maggiore assoluta o relativa, obiettiva o subiettiva.

La dottrina più rigorosa è accolta dalla prima di queste sentenze; la seconda sembra nella formulazione avvicinarsi alla dottrina più mite; in quanto appunto parla di impossibilità relativa e non assoluta, ma in realtà nella decisione applica la teoria dell'impossibilità assoluta ed obiettiva; la terza sentenza, riprendendo una giurisprudenza tradizionale, per quanto di recente tradizione, della Corte di Genova, sembra ancor più esplicita nel senso dell'impossibilità relativa o subiettiva, ma anch'essa viene in definitiva ad una soluzione rigorosa per il debitore e dà la massima importanza, per la determinazione del caso fortuito o forza maggiore, ad un elemento, che non ha importanza essenziale, la prevedibilità, in quanto anche l'evento prevedibile, se non è evitabile, è caso fortuito e potrà solo essere a carico del debitore, se questo l'ha assunto sopra di sé. La quarta sentenza è in sostanza una decisione di specie, anch'essa nel senso che la guerra non esoneri nel caso il debitore dall'adempimento dell'obbligazione contrattualmente assunta, sebene anch'essa apertamente dichiara che la guerra come caso di forza maggiore « deve guardarsi da un punto di vista non assoluto, ma relativo, e cioè col trovarsi senza sua colpa chi ha contrattato un'obbligazione di « non poterla eseguire, o che per eseguirla debba sottoporsi a rovinosi sacrifici ».

L'ultima sentenza, infine, si riferisce soltanto alla disposizione eccezionale di guerra dell'art. 1 del decr. luogot. 27 maggio 1915 e l'interpreta, a parer mio, esattamente in senso restrittivo, alla pari della seconda della sentenza qui ricordata.

Da quanto ho detto fin qui appare evidente come, ad eccezione della sentenza della Cass. Firenze nella quale il concetto tradizionale della forza maggiore, come evento cui sia assolutamente impossibile resistere, è espresso in modo netto e preciso, e della sentenza App. Bologna, che si riferisce alla sola disposizione eccezionale del decreto 27 maggio 1915, le altre nell'accettare più o meno recisamente la teoria dell'impossibilità relativa e subiettiva non usano espressioni altrettanto precise.

E di fatti, anche a prescindere dalla distinzione della Corte di Catania tra *vis maior* indipendentemente dal fatto dell'uomo e forza maggiore relativa, perchè consistente nel fatto dell'uomo, come la guerra; come se pel privato contraente non fossero eventi altrettanto estranei ed inevitabili la guerra ed il fulmine, anche a tacere dell'errore di assumere il criterio della prevedibilità a base del concetto di forza maggiore (come nella sentenza n. 3), quando non meno che la guerra è prevedibile un incendio, una grandine, e un qualunque anche più grave cataclisma fisico, è da notare in particolare modo l'imprecisione in cui cade la sentenza n. 2 nel contrapporre impossibilità assoluta e relativa.

sando così dall'esecuzione il contraente che avea, precedentemente, assunto l'impegno dell'approvvigionamento della città; Consiglio di Stato 19 luglio e 15 novembre 1872, 8 maggio 1874, 25 novembre 1878. Tutte queste decisioni sono ricordate in un recente scritto del Wahl, *La guerre considérée comme force majeure*, nella *Revue trimestrielle de droit civil*, 1915, pag. 384 seg. il quale le approva, pur avendo posto a base della sua trattazione la teoria tradizionale che riconosce forza maggiore soltanto nell'evento che *materialmente impedisce al debitore l'esecuzione*, non anche in quello che lo renda più difficile od oneroso.

In sostanza dunque anche la sentenza ricordata al n. 2 sembra seguire la teoria tradizionale e ribellarsi al più recente insegnamento, che sostituisce all'impossibilità assoluta l'impossibilità relativa e subiettiva o, per usare una espressione meno incerta, all'insegnamento di chi libera il debitore inadempiente da ogni responsabilità ogni qual volta egli dimostri di avere nel periodo di preparazione all'esecuzione operato da buon padre di famiglia.

La novella dottrina che ha fra noi il suo principale rappresentante nel Barassi (Addizionali al vol. II della trad. italiana del *Contratto di locazione* di Baudry-Lacantinerie e Wahl, Milano, Vallardi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore ai sensi dell'art. 1226 c. civ.*), e che ha trovato adesione presso la stessa Corte di Genova anche nelle precedenti sentenze 21 maggio 1915 (*Temì genovese*, 266, con nota favorevole di Massola), e presso la Corte di Parma 12 agosto 1915 (*Temì genovese*, 541 con nota favorevole di Massola e *Eiv. comm.*, 1916, 46 con nota favorevole di Manara) prende le mosse da uno scritto e da una dottrina del Hartmann ben noti ai romanisti, ma cerca il suo fondamento testuale nell'art. 1224 cod. civile.

Rimando per la critica del Hartmann al citato scritto dell'Osti e mi limito qui ad osservare collo stesso autore che la base testuale di quella dottrina pel diritto nostro sta in una errata generalizzazione della disposizione dell'art. 1224. Questo articolo richiede la diligenza del buon padre di famiglia nell'esecuzione del contratto: dunque, dice il Barassi, quando il debitore non ha adempiuto l'obbligazione perchè per far ciò avrebbe dovuto fare uno sforzo superiore a quello che si può pretendere da un uomo medio egli non può essere tenuto responsabile per l'inadempimento; egli ha tenuto il comportamento impostogli dalla legge. Nello stesso senso recentemente App. Milano, 1.º febbraio 1916, *Mon.*, 149.

Ma l'art. 1224 regola una sola ipotesi, quella della diligenza da prestarsi nell'esecuzione, esso suppone dunque che un'esecuzione vi sia; il caso di mancata esecuzione è regolato dagli art. 1218, 1225, 1226, dal primo colla disposizione che il debitore è tenuto ad *adempiere esattamente* l'obbligazione, e non soltanto, come vogliono Hartmann e Barassi, a fare tutti gli sforzi che si possono pretendere dall'uomo medio; il secondo ed il terzo coll'esonerare dalla responsabilità per inadempimento (art. 1218), nella sola ipotesi di caso fortuito o forza maggiore. Dunque se si esegui, bene o male, entra in campo il criterio dell'art. 1224 per conoscere se si esegui o meno da buon padre di famiglia; ma se non si esegui affatto l'art. 1224 non trova applicazione.

E non si dica che la distinzione è sottile o, come altri ha detto (Massola, *loc. cit.*) ingiusta, perchè vi è identità essenziale fra il mancato e l'inossato adempimento e deve per ciò esservi identità di trattamento.

Si dimentica innanzi tutto, ciò che è ricordato dall'Osti, che l'art. 1224 è anch'esso una non esatta e forse non cosciente generalizzazione di un principio che il codice francese avea scritto, in armonia colle tradizioni del diritto romano e del diritto comune, relativamente alle sole obbligazioni aventi per oggetto la custodia. Scrive l'art. 1187 di quel codice:

« L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumetts celui qui en est chargé à apporter tous les actes d'un bon père de famille.

« Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets à cet égard sont expliqués sous les titres qui les concernent ».

L'art. 1224 cod. italiano è la riproduzione di questo con la differenza, che non è più concepito con riguardo all'obbligazione convenzionale di custodia, ma in termini generali: « la diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa, ecc. ».

I lavori preparatorii non spiegano l'origine o il significato di questa differenza. Tutti i codici italiani precedenti avevano conservato la formula specifica del codice francese e tutti contenevano la disposizione sotto il titolo dei contratti (art. 1001 cod. delle Due Sicilie, art. 1110 cod. Parmense, articolo 1187 cod. Estense, art. 1228 cod. Albertino): la menzione specifica si trasformò gradatamente in generica durante la compilazione del codice, senza che ne se adducesse una ragione.

Il mutamento appare la prima volta nel progetto di revisione del Codice Albertino presentato dal ministro Cassinis alla Camera nel giugno 1860: l'articolo 1228 vi è trasformato in un articolo 1385 del seguente tenore:

« Sia che il negozio abbia per oggetto l'utilità di una delle parti, sia che abbia per iscopo la loro utilità comune, la diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione è sempre quella di un buon padre di famiglia, ecc. ».

Nel successivo progetto di codice civile del regno d'Italia compilato dalla Commissione nominata dallo stesso ministro Cassinis nell'aprile 1861 a seguito del voto della Camera, che non volle discutere il suo progetto di revisione del Codice Albertino, l'articolo, che diventa 1265, è ancora una volta formulato in modo specifico con riguardo alle obbligazioni di custodia:

« L'obbligo di invigilare alla conservazione delle cose, sia che la convenzione abbia per oggetto soltanto l'utilità di una delle parti, ecc. ».

Ma nel successivo progetto Minghetti si ritorna alla formula del primo progetto Cassinis colla differenza, che non si parla più di *negozio* ma di *affare*:

Art. 1263: « Sia che l'affare abbia per oggetto soltanto l'utilità di una delle parti, sia che abbia per oggetto l'utilità comune, la diligenza, ecc. ».

Questa disposizione passò immutata nel progetto Pisanelli (anno 1863) all'art. 1195. La Commissione senatoria poi mutò, senza dirne la ragione, la formula « *sia che l'affare ecc.* » nell'altra quasi identica all'attuale articolo 1124 che « la diligenza che si deve impiegare nell'adempimento della obbligazione, sia che abbia per oggetto l'utilità di una delle parti o quella d'entrambe è sempre, ecc. ».

Col quale ultimo mutamento e col testo definitivo quasi identico del codice, si fa una distinzione nella sua espressione letterale (*abbia questa per oggetto l'interesse, ecc.*) priva di senso; perchè vi possono essere e vi sono affari o contratti conclusi nell'interesse di una o di ambedue le parti, ma non v'è obbligazione che non abbia per oggetto l'interesse del solo creditore.

La generalizzazione dunque fu forse incosciente; certo con essa non si è voluto fare una riforma radicale della disposizione corrispondente dei codici precedenti; la quale aveva in quei codici e seguita ad avere nel nostro il semplice significato dell'abolizione delle antiche distinzioni del diritto romano e comune sui vari gradi di responsabilità da prestarsi *in alcuni contratti*, e soprattutto nei contratti importanti l'obbligo del debitore di restituire cose affidate alla sua custodia (cfr. fr. 5, *commodati*, 13, 6).

L'art. 1224 del nostro codice civile ha dunque, se vuoi, un senso più ampio dell'art. 1137 cod. francese ma non può aver senso anch'esso che in un campo del tutto analogo a quello del suo originario riferimento vale a dire per casi in cui ci sia una *prestazione effettiva* da parte del debitore, non per quelli di assoluto inadempimento.

La lettera della disposizione concorda dunque colla sua origine storica. Il commodatario e il creditore pignorazio obbligati a custodire la cosa loro affidata (art. 1808, 1885), il mandatario responsabile delle somme incassate pel mandante ed eventualmente dei relativi interessi (art. 1745, 1750), il socio responsabile dei danni cagionati nella gestione sociale (articolo 1714), il conduttore tenuto a godere della cosa da buon padre di famiglia (art. 1583) sono tutti soggetti all'art. 1224; e se nell'esecuzione effettiva di tutti questi contratti non usano la diligenza del buon padre di famiglia rispondono dei danni. Ma il debitore, che non ha eseguito, non può neppure dire sul serio di *avere usato* la diligenza del buon padre di famiglia; potrà dire tutt'al più che nelle condizioni concrete di fatto nessun buon padre di famiglia avrebbe potuto eseguire, che per eseguire ci voleva un eroe od un filantropo.

Ma così si sposta la questione dalla diligenza nell'esecuzione alla diligenza nella preparazione, come ben nota l'Osti; così si sostituisce al giudizio di uno stato di fatto reale, il giudizio di un'ipotesi. Se il mandatario ha collocatedo il danaro del mandante in una banca che poi sia fallita, il giudizio sulla responsabilità o meno del mandatario si risolverà nell'appurare in pegno se la banca godeva fama di poco solida o di solida; se l'oggetto dato in pegno è restituito deteriorato, si tratterà di appurare, in fatto come fu esercitato dal creditore pignorazio il suo ufficio di *custode*; ma quando si tratti di sapere perchè il venditore di carbone non lo consegnò alla scadenza fissata,

la ricerca della maggiore o minore corrispondenza della condotta del venditore alla regola dell'art. 1224 è ricerca che non può prendere le mosse da alcun dato di fatto preciso, ma deve fondarsi su mere ipotesi, qual'è quella di aver potuto o non potuto trovare la merce a un prezzo non rovinoso pel venditore, o in condizioni di non troppo difficile trasporto, e simili.

Anche nei risultati pratici dunque c'è una differenza fra l'applicazione alla regola dell'art. 1224 agli *imperfeiti adempimenti* e l'applicazione all'inadempimento. E non si dica che in pratica sia difficile distinguere l'adempimento e l'adempimento imperfetto: perchè vi è inadempimento tutte le volte che non si fa la prestazione o se ne fa una diversa, v'è adempimento imperfetto tutte le volte che la prestazione, pur essendo quella voluta, non si è raggiunto il preciso risultato, che è oggetto dell'obbligazione. La prestazione di un *genus* o di una qualità, che è sempre elemento del *genus*, diversa o di una quantità inferiore a quella prescritta è inadempimento; la prestazione dell'oggetto specifico dell'obbligazione deteriorato è imperfetta esecuzione; l'art. 1224 si applica a questa seconda, non alla prima ipotesi; a quella si applica l'art. 1218.

Il decreto luogotenenziale 27 maggio 1915 ha però indubbiamente modificato, per quanto in via transitoria, questi principii. Colla disposizione per cui la guerra è considerata caso di forza maggiore anche quando rende soltanto eccessivamente oneroso l'adempimento dell'obbligazione, essa ha fatto omaggio alla teoria della così detta impossibilità subiettiva; perchè l'onerosità è qualità essenzialmente soggettiva: ciò che è oneroso per un debitore può non esserlo per un altro.

Il decreto però non può, per buona fortuna, considerarsi che come una temporanea e parziale concessione a questa teoria. In primo luogo l'efficacia di esso è limitata nel tempo alla durata della guerra pel disposto dell'articolo unico legge 22 maggio 1915 n. 671, che accordò tale facoltà al governo. Secondariamente, l'art. 1 considera la guerra caso di forza maggiore anche quando renda eccessivamente onerosa la prestazione, *parchè l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione generale*. Dunque, poichè non può dubitarsi che la guerra, in quanto renda impossibile in modo assoluto l'esecuzione sia un caso di forza maggiore invocabile anche per obbligazioni contratte dopo il decreto di mobilitazione generale (23 maggio 1915), perchè ciò rientra nei termini dell'art. 1226, è chiaro che il decreto distingue fra guerra causata di impossibilità assoluta e guerra causata di eccessiva onerosità, e per quest'ultima non ammette l'applicazione dell'art. 1226 cod. civ. che quando il contratto fosse anteriore alla guerra. È dunque un beneficio equitativo che il nostro legislatore ha voluto dare ai debitori anteriori alla guerra, non un'accettazione del novello principio, nemmeno limitatamente al periodo della guerra, sia pure a titolo di esperimento. È evidente infatti che durante la guerra potranno benissimo avverrarsi le due ipotesi, o che un'obbligazione assunta dopo il 23 maggio 1915 divenga, per un qualsiasi evento bellico, d'impossibile esecuzione o di esecuzione eccessivamente onerosa; ed è evidente che mentre la prima ipotesi



cade sotto l'art. 1226 cod. civ. la seconda, per esplicita disposizione del decreto 27 maggio 1915, n. 739, ne viene esclusa; il che è la prova che il legislatore italiano è, almeno per ora, contrario alla teoria dell'impossibilità subiettiva.

Questa circostanza di aver posto come limite nel tempo la data della nostra mobilitazione generale giustifica anche l'affermazione delle due sentenze App. Genova e App. Bologna (n. 2, 5) che l'esonero concesso dal decreto per i casi di eccessiva onerosità si limita ai casi in cui questa derivi dalla guerra italo-austriaca e non soltanto dalla precedente guerra europea. Il nostro legislatore ha trovato nella nostra dichiarazione di guerra l'evento di forza maggiore, che ha reso eccessivamente onerosi i contratti anteriormente stipulati; necessariamente dunque bisogna che si tratti di contratti eseguibili dopo quell'evento: quelli che erano eseguibili prima e che, per l'evento della guerra a cui noi eravamo estranei, erano già divenuti eccessivamente onerosi nella loro esecuzione per una delle parti, non possono ormai più avvantaggiarsi del beneficio concesso del decreto 27 maggio per quanto di fatto non siano stati ancora eseguiti. In questo senso e così più rettamente, s'io non erro, formulata, mi sembra esatta la massima delle sentenze; e piuttosto per questa ragione, che ho detto, la quale dimostra una volta di più che si tratta di un beneficio semplicemente transitorio, che per la ragione adottata dalla sentenza App. Genova che il decreto fu emanato in virtù della legge-22 maggio 1915, n. 671, promulgata nell'occasione e per causa dell'iniziata guerra dell'Italia. Poichè la legge concesse i pieni poteri al governo in modo generale per le necessità urgenti della difesa dello Stato, dell'ordine pubblico e dell'economia nazionale, non sarebbe impossibile pensare che il governo avesse ritenuto di dovere per tutto il periodo della guerra accordare ai debitori la facilitazione della novella teoria della impossibilità soggettiva; e in tal caso l'eccessiva onerosità avrebbe potuto essere causa di esenzione dall'obbligazione tanto per i contratti anteriori quanto per i posteriori alla nostra mobilitazione generale, tanto per i contratti eseguibili, benchè, non ancora eseguiti, anteriormente a quella data, quanto per gli eseguibili posteriormente. Ma il decreto non è arrivato tanto oltre; esso anzi ha limitato in ristrettissimi confini la facilitazione pei debitori, perchè non l'ha concesso per le obbligazioni assunte dopo il 23 maggio 1915 e non l'ha concessa per quelle eseguibili prima di quella data.

#### Revoca del mandato per morte.

6. Deve ritenersi valido anche dopo la morte del mandante il mandato conferito senza prefessione di termine nell'interesse del mandatario o del terzo. Cass. Roma, 7 gennaio 1916 (Mortara pres., Marracino est.), *Giur. it.*, 370.

L'affermazione che il mandato non si estingue per la morte del mandante, quando esso riguardi anche l'interesse del mandatario o di un terzo, si trova in qualche nostro scrittore, come ad es. Lomonaco, *Istituzioni*, VI, p. 454;

Pacifici-Mazzoni, *Istituz.*, V, n. 238, p. 496, evidentemente ispirati agli insegnamenti della dottrina e della giurisprudenza francese (vedi la nota 1 del Pacifici-Mazzoni, *loc. cit.*).

Fra i casi risolti nella giurisprudenza delle due nazioni sorelle ricordo: Mandato conferito da un debitore al creditore per la vendita dei mobili o del raccolto del fondo, del debitore per pagarsi, alla scadenza, del suo credito. La morte del debitore mandante non estingue questo mandato. App. Douai 22 dicembre 1848, Cass. francese 21 maggio 1867 (cfr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 2003, n. 19, 21); App. Milano 19 giugno 1886, *Giur. it.*, 448.

Mandato conferito da varii coeredi ad uno di essi per amministrare una parte dei beni comuni coll'obbligo di adoperare le rendite per l'estinzione graduale delle passività ereditarie. La Cass. Napoli 21 marzo 1900 (*Mon.*, 666) disse non revocato il mandato per morte del mandante, sia in applicazione della massima qui riferita, sia, e a più forte ragione, perchè l'incarico di amministrare dato ad uno dei coeredi, costituiva un patto della divisione « per il che la Corte d'appello a buon diritto ritenne che nel caso concreto la divisione ereditaria aveva ragion di fine rispetto al mandato come mezzo e che fin quando non fosse esaurito il patto contrattuale non potesse cessare il mandato medesimo per la morte di uno dei mandanti ».

Caso analogo App. Bologna 13 luglio 1903, *Temi*, 726.

La Cass. Firenze 11 giugno 1906 (*Legge*, 1796) giudicando di un caso di mandato nel solo interesse del mandante osservò che in tal caso « la irrevocabilità urterebbe con la natura stessa del mandato semplice, che va definito un atto *in gratiam mandantis ex officio et amicitia*, ed è quindi errore sostenere che l'irrevocabilità quando è stipulata e voluta dalle parti debba sempre essere rispettata: ciò, uopo è ricordarlo, può verificarsi solo quando nella stipulazione del mandato non si fa palese l'esclusivo interesse del mandante, ma anche quello del mandatario, quando cioè il mandato è il mezzo per l'esecuzione di altra contrattazione, ed è a garanzia di altri diritti indipendenti dall'esecuzione del mandato ».

Il mandato non si estingue per la morte del mandante quando fu dato anche nell'interesse del mandatario e sotto la forma di cessione incondizionata ed assoluta, *in solutum et pro soluto*. App. Catania 27 marzo 1903, *Foro Catanese*, 32, *Foro ital. Rep.*, 1903, voce *Mandato*, n. 33.

Analogamente fu ritenuto dalla Cass. Roma 17 marzo 1899, *Foro*, 571, valido il patto per cui un marito dissestato dava mandato *irrevocabile* alla moglie per amministrare i beni di lui al fine di garantire la moglie per l'esazione delle sue ragioni dotali e nell'interesse della prole.

Ora io penso che le decisioni qui ricordate sono tutte esatte, ma non altrettanto esatta mi sembra la formulazione accolta dalla nostra sentenza e da non pochi autori italiani e francesi per cui decisivo per la perduranza del mandato, non ostante la morte del mandante, sia il criterio dell'interesse del mandatario. Più esatto mi sembra il richiamo contenuto nelle due ricordate decisioni delle Cass. Napoli e Firenze al rapporto di mezzo a fine tra

## NOTE DI GIURISPRUDENZA<sup>(1)</sup>

### DIRITTO CIVILE.

#### OBBLIGAZIONI E CONTRATTI.

##### Forza maggiore.

64. *L'impossibilità subiettiva di adempiere un'obbligazione a titolo oneroso non è caso di forza maggiore; e nella specie tale non è il rialzo, per quanto eccessivo, dei prezzi dei generi di una fornitura ad una pubblica amministrazione; la quale non essendo soggetta al decreto luogotenenziale amministrativo, n. 739, in virtù dell'altro decr. luog. 20 giugno 1915, 27 maggio 1915, n. 739, in virtù dell'altro decr. luog. 20 giugno 1915, n. 890, può pretendere l'esecuzione del contratto, non ostante qualsiasi rialzo.* Trib. Bologna, 30 giugno 1916 (Spinelli pres., Zucconi est.), *Giur. ital.*, 394.

Il caso risolto da questa sentenza è tipico per porre in evidenza tutta la portata dell'interpretazione, giustissima a mio parere, dell'art. 1226 cod. civ., da essa accolta con una motivazione della massima chiarezza e precisione.

Com'è noto, il decreto luogot. 27 maggio 1915, n. 739 (*Rivista* 1915, p. 380) stabilisce all'art. 1 che a tutti gli effetti dell'art. 1226 del cod. civ. la guerra è considerata come caso di forza maggiore, non solo quando rende impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione generale. È noto anche che il decr. luog. 20 giugno 1915, n. 890

(1) **Abbreviazioni:** *Foro* = Foro italiano; *Giur. it.* = Giurisprudenza italiana; *Giur. tor.* = La Giurisprudenza, edita a Torino; *Mon.* = *Monitore dei tribunali*; *Dir. comm.* = Il diritto commerciale; *Temi gen.* = *Temi genovesi*; *Rev. comm.* = *Rivista di diritto commerciale*; *Dir. eccl.* = Il diritto ecclesiastico italiano. Le citazioni di questi o di altri giornali senza indicazione di anno si riferiscono all'annata corrispondente a quella della sentenza: si omettono anche per brevità le citazioni delle parti delle raccolte, intendendosi in mancanza di altra indicazione citata la parte corrispondente alla materia di diritto civile. Così nel *Foro italiano* la parte prima, per la *Giurisprudenza italiana* la parte prima, sez. 1.<sup>a</sup> o 2.<sup>a</sup>, secondo che si tratti di Corte di cassazione o di Corte d'Appello, per la *Rivista di diritto commerciale* o *Il diritto commerciale* la parte seconda.

(*Rivista* 1915, 382) dichiara (art. 1) inammissibile ogni domanda di risoluzione di contratto fondata sulle condizioni create dallo stato di guerra quando i contratti abbiano rapporto con pubblici servizi ed opere pubbliche, dovendo tali contratti essere in ogni caso osservati giusta le leggi e i capitoli relativi.

Ora un appaltatore di viveri per il reclusorio di Castelfranco Emilia durante il quinquennio 1.<sup>o</sup> luglio 1913-30 giugno 1918 domandando la risoluzione dell'appalto per uno straordinario aumento dei prezzi delle derrate, che rendeva per lui la prestazione eccessivamente onerosa, e avendo il Tribunale ritenuto che si trattasse di contratto avente rapporto con pubblico servizio e per ciò cadente sotto il decreto 20 giugno 1915 n. 990, nasceva la questione se la risoluzione potesse essere demandata in virtù dei principi di diritto comune.

Perché, se da un lato è certo che il decreto n. 890 si applica ai contratti interessanti pubblici servizi la benigna regola del decreto n. 739, non mi sembra meno certo che anche per questi contratti la forza maggiore debba continuare ad essere un motivo di esonero del debitore dell'adempimento di una prestazione che sia divenuta assolutamente impossibile. Nessuno, per esempio, potrebbe seriamente pretendere che fosse osservato, giusta la legge e il capitolato, un contratto colla pubblica amministrazione, che avesse per oggetto trasporto di merci dal Tirolo austriaco al territorio nazionale, dopo che questo traffico è divenuto in fatto ed in diritto impossibile a causa dello stato di guerra; o che il debitore non fosse liberato dall'obbligo della prestazione di un oggetto che fosse perito per effetto della guerra. Così stando le cose, la questione si risolveva: nella ricerca se nelle parole *impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato*, debba nell'art. 1226 cod. civ., unica disposizione applicabile al caso, ritenersi compresa anche la semplice impossibilità relativa o subiettiva, quale avrebbe potuto considerarsi un eccessivo rialzo dei prezzi, o si voglia una impossibilità assoluta e oggettiva.

Io ho già espresso il mio parere favorevole a questa seconda opinione in nota a cinque sentenze nel fasc. 2.<sup>o</sup> del corrente anno (pag. 241 seg.), rilevando però l'imprecisione di queste formule di impossibilità assoluta o relativa, oggettiva o soggettiva e cercando di precisarne il significato. Questa nuova sentenza è nello stesso ordine d'idee. Ed è notevole che, secondo essa, la stessa legislazione speciale di guerra, ben lungi dal giustificare, come alcuni vorrebbero, la teoria che vuol giudicare l'impossibilità dalle condizioni personali del debitore, sarebbe la prova che la teoria della nostra legge è l'opposta.

« Appunto perché, scrive la sentenza a col. 395, la dottrina accolta dal nostro diritto è quella dell'impossibilità assoluta, si è dovuto dettare una norma nuova che parifica l'eccessiva onerosità all'impossibilità assoluta. In ciò sta la novità introdotta dal decreto e non nel qualificare la guerra come forza maggiore, cosa questa pacifica e già sanzionata in varie disposizioni legislative (art. 1621 cod. civ., 434 cod. comm.). Ma la parificazione è stata fatta in modo temporaneo e parziale. Temporaneo, perché l'efficacia della

deroga al diritto comune è limitata alla durata della guerra. Parziale, perché l'onerosità sopravvenuta libera solo nelle obbligazioni contratte prima della mobilitazione generale ed esclusivamente se sia causata dalle condizioni create dalla guerra. Per le obbligazioni di data posteriore e per quelle in cui la sopraggiunta onerosità abbia origine da cause estranee alla guerra torna in pieno vigore il diritto comune, e cioè la distinzione tra guerra causa d'impossibilità assoluta, eliminatrice di responsabilità agli effetti dell'art. 1226 cod. civ. e guerra causa di eccessiva onerosità, non esoneratrice di responsabilità. Donde la riprova che per il legislatore italiano la regola è la teoria dell'impossibilità oggettiva e l'eccezione la teoria accolta coll'art. 1 decreto 27 maggio ».

62. *Perché il debitore possa essere prosciolto dalla contratta obbligazione in virtù dell'art. 1 del decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, n. 739, è necessario che il costo della prestazione per effetto della guerra sia pervenuto a superare di tanto il suo rendimento, cioè l'entità della controprestazione, da importare una estrema, rovinosa onerosità.*

*Tuttavia, indipendentemente dall'anzidetta disposizione eccezionale, allorché concorrono evidenti motivi di equità desunti dalle peculiari circostanze del caso, il giudice può introdurre temperamenti o in casi estremi prosciogliere il debitore dalla sua obbligazione divenuta iniqua in casi estremi prosciogliere le tute, potendosi in tali limiti equitativi ritenere operativa nel nostro diritto la cosiddetta clausola « rebus sic stantibus ». Trib. Milano, 27 maggio 1916 (Ghizzoni pres., Pestalozza est.), Foro, 1127, con nota dell'estensore.*

Questa sentenza, per quanto dottamente elaborata, mi sembra meno perspicua della precedente. Ciò che dipende senza dubbio dal fatto che il giudice non era qui, come nel caso precedente, nella fortunata condizione di dovere applicare i principi puri del diritto comune; qui si trattava anzi di applicare il decreto luogot. n. 739 del 1915: ma non riesce del tutto chiaro come la sentenza inquadri questo decreto nel sistema del diritto comune se come un'eccezione od un'applicazione di esso.

È scritto infatti a col. 1235 seg.: « L'art. 1226 cod. civ. esprime che ogni qualvolta l'inesecuzione dell'obbligazione non sia giustificata dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione, il fortuito non scusa. La difficoltà, per quanto grande, non elimina la responsabilità del debitore per l'inesecuzione. Questo principio, tradizionale nella dottrina classica della colpa, dà luogo però nelle sue applicazioni pratiche a sanzionare talvolta delle iniquità, cui si ribella il buon senso giuridico comune. Il che si appalesa non solo quando l'inesecuzione della prestazione sia divenuta per sopravvenire di fortuiti pericolosa per la vita e per altri diritti primordiali del debitore, nei quali casi di conflitto di diritti è naturale si dia la preminenza al diritto positivo, ma anche quando al diritto patrimoniale del creditore di vedere eseguita l'obbligazione si contrapponga l'interesse del debitore a non vedere pel fortuito estremamente, insopportabilmente aggravata la sua posizione. Tizio ha promesso cosa che valeva 100 per le sopravvenute circo-

stanze a lui non imputabili (caso fortuito) dovrebbe ora spendere 1000 per far fronte al suo impegno. Il principio di legge dice che non v'è impossibilità e che l'obbligazione va adempita.

« L'equità, però, il senso pratico di giustizia afferma che in tal caso v'è impossibilità relativa a prestare, perché a tanto deve equipararsi l'eccessiva onerosità, l'enorme difficoltà sopravvenuta della prestazione, a superare la quale si richiederebbe uno sforzo eccezionale, rovinoso pel debitore. Perciò la dottrina cercò di fuggiare ingegnosi concetti per tentare di giustificare in tali estreme fattispecie la disapplicazione del principio rigido di legge e di assegnare più umani confini che non quello dell'assoluta impossibilità di prestare, al dovere di sforzo del debitore di fronte agli ostacoli frapposti dal fortuito all'eseguitività dei suoi obblighi, e la giurisprudenza si lasciò portare qualche volta dall'eloquenza dei casi pratici occorsi, specialmente dopo lo scoppiare della conflazione europea, a riconoscere la necessità di temperare il rigore di quel principio, adottando il concetto d'impossibilità relativa quando l'esecuzione del contratto appariva per le nuove circostanze divenuta rovinosamente onerosa pel debitore. Tutto ciò però appariva uno sforzo così evidente di piegare la legge a fini non consentiti dalla precisa sua lettera e dalla tradizionale sua interpretazione, che alle difficoltà create dal nuovo e impreveduto stato di cose originato dalla guerra si cercò di far fronte coi principi regolanti la volontà contrattuale e il contenuto obbligatorio dei contratti; e si ricorse, con poco frutto per altro normalmente, alla clausola *rebus sic stantibus* dei vecchi dottori italiani, e al modestissimo istituto di marca germanica della presupposizione ».

Sembra dunque che la sentenza segua la teoria tradizionale dell'impossibilità assoluta ed oggettiva, pure intesa ragionevolmente, e che soltanto auspicchi una riforma della troppo rigida legge secondo sensi di maggiore equità. Infatti indagando il senso del decreto luogot. n. 739 la sentenza osserva, risalendo alla sua origine, che poichè molto numerosi erano i casi di contratti in corso la cui economia veniva gravemente sconvolta dalla nostra dichiarazione di guerra, « il legislatore volle codificare egli stesso quel principio generale di equità, che la coscienza giuridica comune sentiva, e che la forza cogente delle cose aveva già fatto penetrare qua e là nello schema rigido della forza maggiore da lui disposto (art. 1226 cod. civ.) e statuito espressamente che il debitore dovesse ritenersi liberato da responsabilità qualora, per le circostanze create dalla guerra la prestazione fosse divenuta eccessivamente onerosa. Questa la genesi evidente del decreto, la quale dimostra che al decreto stesso non si può dare una portata maggiore di quella che al concetto d'impossibilità relativa attribuiva già prima sulla base del comune senso di equità la dottrina e la giurisprudenza, che tale concetto aveva accolto per ritenere liberato in casi di difficoltà eccezionale della prestazione il debitore. Giacchè non si ha motivo di ritenere che il legislatore abbia voluto al suo temperamento del principio generale di diritto dare un contenuto diverso e maggiore di quanto reclamava in nome dell'equità la coscienza giuridica e comune ».



Se così fosse, si dovrebbe pensare che il decreto luogot. 27 maggio 1915 sia, a dir poco, un avviamento a una riforma organica della legge civile nell'indirizzo auspicato dal senso pratico di equità fin da tempo anteriore alla presente guerra; e mal si comprenderebbe allora quel senso di timido ritengo da cui tutta la sentenza è dominata e la stessa proposizione che trattandosi di disposizione eccezionale debba restringersene l'applicazione « in questi stretti confini che le vengono assegnati dall'interpretazione logica, *anche se ad una più lata interpretazione potessero portare le parole di non certo e definito significato usate nel decreto* ».

E di fatti, come s'è visto, benché il decreto parli di eccessiva onerosità la sentenza in più di un luogo accenna invece ad una onerosità rovinosa, il che è ancora qualche cosa di più, perchè l'eccesso è un rapporto di proporzione fra le due prestazioni corrispettive, la rovinosità è un dato di fatto su un certo senso assoluto; a meno che la sentenza non alluda alla rovinosità del singolo affare, nel qual caso non si tratterebbe più che della sostituzione di una parola all'altra. Sembra però veramente che la decisione alluda al pericolo di rovina personale del debitore.

Io penso invece che, partendo dal concetto che la disposizione dell'art. 1 decreto luogot. 27 maggio 1915, n. 739, è veramente eccezionale per le condizioni fatte ad alcuni contratti dallo scoppiare della presente guerra, mentre non sia lecito estenderla nel tempo e nella materia oltre i casi dalla guerra toccati, non sia punto necessario andare, come si suol dire, col piede di piombo nell'applicazione di essa e che per eccessiva onerosità, quando si tratti di contratti divenuti tali per causa dello scoppiare della guerra, non si debba affatto intendere una difficoltà di esecuzione tanto straordinaria da esporre il debitore ai gravi pericoli accennati dalla sentenza. Con una simile interpretazione si rischia di rendere la disposizione poco meno che superflua, perchè in fin dei conti se veramente si trattasse di evitar la rovina, la maggior parte dei debitori non adirebbe il magistrato per farsi esimere dall'obbligazione; si asterebbe dal pagare, anche a costo di andare incontro al fallimento, nella certezza che questo sarebbe l'unico espediente per salvarsi dalla rovina con un onesto concordato e i relativi benefici di legge, che il giudice di equità ben giustamente concederebbe in simile caso.

63. *Lo stato di guerra considerato come evento di forza maggiore non esonera il debitore dall'obbligo di eseguire la prestazione, se non quando l'esecuzione sia resa assolutamente impossibile.*

L'art. 1 del decreto luog. 29 maggio 1915, n. 739 esclude la mera ed esonera il debitore dal risarcimento dei danni, ma non gli conferisce il diritto di domandare la risoluzione del contratto (nella specie di locazione).

App. Torino, 8 luglio 1916 (Viola pres., Copperi est.), Mon. 1917, 54.

Questa decisione afferma, come la prima di questo gruppo, il principio che ad esimere dall'obbligazione occorre una vera e propria *vis maior* cui non potest resisti et cui praecavari non potest; e applicando la regola al caso di

guerra dice che bisogna distinguere se questa renda impossibile il contratto o se lo renda semplicemente più gravoso, che solo nella prima ipotesi può il debitore esimersi dall'adempiere la prestazione, cui vi è vincolato. « Così insegnano i principii comuni del diritto, è scritto a pag. 55, col. 1, e ribadisce l'art. 1226 cod. civ. il quale elimina la responsabilità del debitore inadempiente solo quando la forza maggiore o il caso fortuito abbia impedito l'adempimento ».

Questo è il diritto comune. Quanto al diritto occasionale della presente guerra la decisione loda il decreto luog. 27 maggio 1915, n. 739, ma non lo crede applicabile al caso; e questa è contingenza di fatto, che non c'interessa.

Merita invece di essere ricordata l'osservazione fatta sulla portata di quel decreto relativamente al diritto di ottenere la risoluzione del contratto eccessivamente oneroso. Secondo la sentenza « tanto più fuori luogo si è invocato lo stesso decreto per ottenere la risoluzione del contratto, men tre riferendosi esso all'art. 1226 cod. civ. non accenna alla eccessiva onerosità della prestazione che per escludere la *mora debendi* e l'obbligo del risarcimento dei danni, senza importare alla legge comune alcuna innovazione alle norme che governano la risoluzione dei contratti » (pag. 55, col. 2.<sup>a</sup>).

La proposizione può anche, nei suoi termini del tutto generici, essere giusta, perchè l'essere esonerati dall'adempimento di un'obbligazione nei casi di forza maggiore non coincide necessariamente colla risoluzione del contratto, se non altro perchè vi sono obbligazioni non contrattuali, e nello stesso campo contrattuale vi sono casi in cui la forza maggiore estingue l'obbligazione relativamente alla cosa, che ne fu colpita, pur lasciando in pieno vigore il contratto e l'obbligazione corrispettiva, come la distruzione della cosa venduta, che esonera il venditore dall'obbligo della consegna, ma non il compratore dall'obbligo di pagare il prezzo.

Ma nel caso particolare di locazione, come la distruzione della cosa locata scioglie il contratto di diritto e non esime soltanto il locatore dal prestare il promesso godimento (art. 1578 cod. civ.), analogamente si deve ritenere che l'impossibilità della prestazione della pigione, alla quale il decreto luog. 27 maggio 1915 parifica l'eccessiva onerosità, sciogla il contratto e non esoneri semplicemente il conduttore dal pagamento. Nè è esatto il richiamo alle parole dell'art. 1226 cod. civile quasi esse escludano soltanto la responsabilità dei danni nel ritardo, lasciando intatta l'obbligazione. L'art. 1226, essendo concepito con formula assoluta riguardo all'impedimento di fare o dare, parla solo di esonero dal risarcimento di danni, perchè suppone l'impossibilità dell'adempimento specifico; ma il suo significato evidente, si interpreti l'impossibilità come assoluta o come semplicemente relativa, è questo che il debitore è esonerato dall'adempimento dell'obbligazione. Si che, se nel contratto di locazione, ch'è contratto di godimento, si applicasse l'articolo in questo significato più che strettamente letterale, si arriverebbe al risultato opposto a quello accolto dalla sentenza, che il conduttore abbia, cioè, il diritto di godere il fondo locatogli, ma possa esimersi dal pagare ora nè mai la pigione, che gli è divenuta eccessivamente onerosa. A meno

che non si volesse applicare per l'analogia il disposto degli art. 1617-1618; cosa impossibile sotto ogni riguardo, sia perchè ciò che è scritto espressamente sotto il titolo delle regole particolari alle locazioni di fondi rustici in contrapposto alle regole particolari alle locazioni di case può estendersi a una locazione di teatro (tale era il caso risolto), sia perchè tra la mancanza del raccolto e l'impossibilità di godimento di un locale per causa di guerra non si può parlare di analogia.

Osservo in fine, ad abbondanza, che il decreto luog. 27 maggio 1915 e lo stesso art. 1226 hanno avuto una interpretazione autentica nel decreto 30 giugno 1915 citato alla nota 62, perchè se questo, come eccezione alla benigna regola del decreto 27 maggio, nega ai contraenti colle pubbliche amministrazioni la facoltà di domandare la risoluzione del contratto per le nuove condizioni create dallo stato di guerra, è segno evidente che nel concetto della legge queste, considerate come caso di forza maggiore, autorizzerebbero a chiedere non il semplice esonero dal risarcimento di danni per ritardo, ma l'esonero dal contratto.

#### Vendita di genere e vendita di cosa altrui.

64. Non può parlarsi di vendita di cosa altrui ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 59 cod. comm. quando si tratti di vendita di cose designate solo in genere, numero o misura. Cass. Torino, 6 ottobre 1916 (Peyrani pres., Randi est.), *MONN.*, 881.

Credo che nessun commento possa farsi a questa massima più giusta di quella fattovi dalla Redazione del *Monitore dei tribunali*, in questa laceratissima forma: « evidente ».

Per quanto evidente sia la massima che non si può parlare di vendita di cosa altrui nel senso degli art. 1459 cod. civ. e 59 cod. comm. se non quando si tratti di vendita di *species*, sembra tuttavia che la Corte di merito la pensasse diversamente; e per ciò è opportuno richiamar l'attenzione del pubblico su questa esatissima sentenza. La regola dell'art. 1459 cod. civ. che sancisce la nullità della vendita di cosa altrui e l'eccezione, o attenuazione che dir si voglia, dell'art. 59 cod. comm. il quale dichiara valida la vendita commerciale di cosa altrui, partono l'una e l'altra dal supposto che la vendita sia trasmissiva di proprietà e per conseguenza, mentre il codice civile deduce con rigida logica da questo supposto la nullità di una vendita, che non può avere questo effetto, per la mancanza del diritto nel trasmittente, il codice di commercio sacrificando la rigida logica alla necessità pratica, interpreta benignamente il contratto come obbligo del venditore di procurarsi la cosa per trasmetterla. V'ha anzi chi, per ridurre ai minimi termini questa benigna deviazione dal principio dell'art. 1448 cod. civ., ritiene che anche nella vendita commerciale di cosa altrui la proprietà della cosa venduta passi al compratore senza bisogno di tradizione non appena il venditore si è venduto; fatto l'acquisto abbia fatto cessare quell'osta-

colo al passaggio della proprietà per semplice consenso, che veniva dal difetto di diritto in lui. Vedi per es. Vivante, *Trattato di dir. comm.*, n. 1641, vol. IV, pag. 167, 4.<sup>a</sup> edizione.

Anche se non si voglia arrivare a questo estremo, e anche se si voglia accentuare la differenza ritenendo che la vendita commerciale di cosa altrui non possa avere altri effetti che obbligatori, opinione per la quale io propenderei, è ugualmente fuori di dubbio che di vendita di cosa altrui non può parlarsi a riguardo di vendite di genere, per la ragione che a queste vendite non si applica per impossibilità logica l'art. 1448 cod. civ. e conseguentemente non essendo esse per natura loro trasmissive di proprietà, cade di fronte ad esse tanto la regola della nullità, quanto l'eccezione della validità della vendita di cosa altrui.

È vero che di fronte all'art. 1450 cod. civ., il quale parla della pesatura o numerazione come momento decisivo per il passaggio del rischio e pericolo dal venditore al compratore, qualche scrittore fra i meno recenti, come Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni*, V, 43, 44, ha attribuito tale effetto all'atto del pesare o numerare, anche avvenuto da parte del solo venditore, quasi con tale fatto si specificasse l'oggetto della vendita e si desse luogo all'applicazione della regola dell'art. 1125 cod. civ. Ma, anche prescindendo dall'osservare che sarebbe sempre ugualmente vero che la vendita di genere non è tutt'una colla vendita di cosa altrui, perchè il genere può bene essere già in proprietà del venditore (questa è anzi l'ipotesi di più facile e più sicura applicazione dell'art. 1450) e che lo stesso passaggio della proprietà, non che del rischio, all'atto del pesare, non coinciderebbe col passaggio al momento dell'acquisto da parte del venditore, certo è più esatto l'insegnamento che nella vendita di genere illimitato (100 ettolitri di vino, e non 100 ettolitri di vino della mia cantina, a mo' d'esempio) la proprietà è il rischio e pericolo non passino altrimenti che per effetto della consegna della quantità venduta. Confr. Aubry-Rau, *Droit civil français*, § 349.

Giustamente pertanto scrive la sentenza che l'art. 59 cod. comm. si riferisce a cosa certa, individualmente determinata, non ad un *genus* che il venditore possa ripromettersi di acquistare anche in futuro. E rettamente essa distingue *genus* e massa, osservando che non sarebbe *genus* un corpo unico, ma neppure « una universalità di cosa non surrogabile, come, ad es., tutta la seta gialla prodotta da una determinata filanda in un dato anno, tutto quel tale vino prodotto dalla tale cantina in una certa annata, purchè risulti in fatto che il compratore volle quelle cose, non altre surrogabili, le quali piuttosto che cosa altrui sarebbero state cose future ».

#### Vendita in massa. — Requisizione presso il venditore.

65. La requisizione a mani del venditore di merce venduta in massa avviene a rischio del compratore; il quale per ciò ha diritto al maggior prezzo nel caso che la merce sia stata requisita a prezzo superiore a quello della vendita.