

IL FORO ITALIANO

RACCOLTA GENERALE

DI

GIURISPRUDENZA CIVILE, COMMERCIALE, PENALE, AMMINISTRATIVA

CORTI DI CASSAZIONE - CORTI D'APPELLO - TRIBUNALI CIVILI E PENALI

TRIBUNALE SUPREMO DI GUERRA E MARINA

CONSIGLIO DI STATO - CORTE DEI CONTI - GIUNTE PROV. AMMINISTRATIVE

DECISIONI MINISTERIALI E DELLA COMMISSIONE CENTRALE DI RICCHEZZA MOBILE

CONSIGLI DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI E PROCURATORI

DIREZIONE

AVV. COMM. SCIALOJA ENRICO — AVV. PROF. CAV. SABBATINI GIUNIO

REDAZIONE

AVVOCATO BUSATTI LUIGI REDATTORE CAPO

FORTI avv. L.
avv. erar. in Roma

SCIALOJA avv. A.
Prof. all'Univ. di Siena

FORTI avv. U.
Prof. all'Univ. di Messina

PARPAGLIOLO avv. A.
Primo segr. Min. Colonie

COMMISSIONE SCIENTIFICA

VITTORIO SCIALOJA — CARLO FRANCESCO GABBA — GABRIELE PINCHERLE

Senatore del Regno
Prof. di dir. rom. nell'Univ. di Roma

Senatore del Regno
Prof. di dir. civ. nell'Univ. di Pisa

Senatore del Regno
Pres. di Sez. del Consiglio di Stato

CESARE VIVANTE

Prof. di dir. comm. nell'Univ. di Roma

AMMINISTRAZIONE

AVV. CAV. UFF. GUSTAVO BALDONI DIRETTORE AMMINISTRATIVO

Vol. XLI - Anno 1916



(Edizione Stereotipa)

ROMA

Piazza Cola di Rienzo, n. 82 (già 68)
SOCIETÀ EDITRICE DEL PERIODICO
IL FORO ITALIANO

1916

pore, ricorre una di tali eccezioni. È vero che nel certificato catastale è indicato con tale denominazione; ma gli è pur vero che l'imposta si riferisce al solo fabbricato, come si evince dalla lettura tanto della legge 1 marzo 1886 quanto della legge 15 luglio 1906, sui provvedimenti di esonero della tassa sugli stabili rurali per le provincie meridionali, per la Sicilia e per la Sardegna; quindi il macchinario del molino, la cui perizia estimativa, eseguita nel marzo 1900 dall'ufficio tecnico di finanza, ne fa risalire il valore a lire 28.286, non è compreso nel suddetto tributo fondiario, e per ciò non se ne può iniziare l'espropriazione coll'offerta del multiplo, bensì mediante perizia che ne fissi il prezzo di base.

Ciò posto, la doglianza dell'appellante, se non giustificata per il motivo dell'esonero dei tre vani in virtù della cennata legge sulla ruralità, perchè dessa apportò riduzione, non esenzione, e il tributo ridotto grava sempre sull'intero stabile, rimane giustificata e attendibile per la trasformazione dell'immobile da semplice casamento rurale in un impianto meccanico di molino a vapore.

Che la soluzione in tal senso data dalla Corte al primo motivo dell'appello rende inutile, perchè assorbente, l'esame del secondo motivo.

Per questi motivi, ecc.

TRIBUNALE DI MILANO.

Udienza 27 maggio 1916; Pres. GHIZZONI, Est. PESTALOZZA; Società commerciale d'affrettamenti et de commission (Avv. DONATI) c. Società miniere di Montecatini (Avv. BELOTTI).

Guerra — Contratto di somministrazione — Onerosità eccessiva — Liberazione dall'obbligazione (D. L. 27 maggio 1915, n. 739, art. 1).

Obbligazione — Caso fortuito — Effetti nei rapporti del debitore — Clausola « rebus sic stantibus » — Equità — Facoltà del giudice (Cod. civ., art. 1225, 1226).

Perchè il debitore possa essere proscioltto 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. (1)

Tuttavia, indipendentemente dall'anzidetta disposizione eccezionale, allorchè concorrano 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 per sopravvenienze fortuite, potendosi in tali limiti equitativi ritenere operativa nel nostro diritto la cosiddetta clausola « rebus sic stantibus ». (2)

(1-2) L'egregio giudice F. PESTALOZZA, estensore della sentenza surriferita, ci comunica il seguente suo studio sulla *Onerosità eccessiva della prestazione sopravveniente per fortuito*, in cui le considerazioni bellamente esposte nella sentenza stessa trovano ampio svolgimento, e che, per la grande importanza e l'attualità della questione, volentieri pubblichiamo:

1. I. — Il caso è l'inevitabile (1). *Inevitabilità*, però, è un concetto relativo, che non può disgiungersi da quello della diligenza cui il debitore è tenuto nell'adempiere la sua obbligazione

(1) Con ciò non si vuole definire il caso, ma solo porne in luce la caratteristica più saliente.

Il Tribunale, ecc. — Sostiene la Montecatini di avere legittimamente interrotto l'esecuzione del contratto di vendita che la legava alla Société commerciale sull'appoggio dell'art. 1 decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, che dichiara forza maggiore la guerra quando per essa

e che varia da specie a specie, da negozio a negozio. Così l'incendio, per impedire il quale bastava la diligenza del buon padre di famiglia, non è caso fortuito per il conduttore o per il comodatario (art. 1589, 1808 cod. civ.), lo è invece per il depositario che provi d'aver usato nella custodia la diligenza *quam suis* (art. 1843 cod. civ.). L'annientamento da folgore non è caso fortuito se la distruzione della cosa poteva essere evitata con la posa di un parafulmine, e se ciò rientrava nei limiti della diligenza dovuta dal debitore. La guerra non è caso se il debitore, operando diligentemente, aveva agio di evitarne le conseguenze. Lo sciopero economico, per quanto in sé non presenti il carattere dell'invincibilità, può esser caso di forza maggiore quando, ad evitarlo, occorreva si ponesse in essere per parte dell'industriale una diligenza superiore a quella portata dalla natura del contratto che lo vincolava al compratore della merce da lui prodotta. (2)

Ciò spiega perchè le fonti romane, accennando ai casi d'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravveniente della prestazione, parlino di assenza di colpa del debitore (3) e riserbino le denominazioni classiche di *vis maior*, di *casus cui resisti non possit*, di *damnum fatale* (inevitabilità in senso assoluto) ai soli negozi in cui si richieda dal debitore una specialissima diligenza (*exactissima diligentia*, *diligentia diligentissimi patris familias*) (4), o ne facciano uso per designare i limiti di una responsabilità oggettiva (senza colpa) posta a carico del debitore. (5)

Il concetto di assenza di colpa è infatti perfettamente equivalente a quello di caso; e per quanto ciò non appaia chiaro nella nostra legge (6), la quale attribuisce per lo più alle parole *caso* o *forza maggiore* il significato della *vis maior* dei Romani, è certo che non esiste una zona grigia con effetti propri fra l'inesecuzione non colposa e l'inesecuzione casuale dell'obbligazione; e solo si può dire che qualche volta, per legge (art. 1629 e 1867 cod. civ.) o per convenzione (assunzione del fortuito, garanzia), l'inesecuzione casuale non libera il debitore, contrariamente alla norma (dispositiva) comune.

Dunque, il grado di diligenza che deve essere prestato dal debitore determina il grado d'intensità del fortuito, è la forma che delimita (negativamente) il fortuito; tutto ciò che sta fuori di questo limite di diligenza è fortuito. (7)

(2) Cass. Roma 17 gennaio 1911 (*Foro it.*, Rep. 1911, voce *Obbligazione*, n. 44), Cass. Torino con tre sentenze 24 novembre e 2 dicembre 1911, 23 gennaio 1912 (*Foro it.*, Rep. 1912, voce *cit.*, nn. 59-61, e *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 102, e 1912, II, 205, con note adesive di SRAFFA); BARASSI in appendice a *Baudry Lacantinère*, vol. III, p. 586, 596. — V. pure Cass. Napoli 16 marzo 1915 (*Foro it.* 1915, I, 1019, con ampi richiami in nota).

(3) Fr. 37 Dig., 45, 1, (Paolo): « Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur »; fr. 107 Dig., 46, 3 (Pomponio): « Verborum obligatio naturaliter resolbitur cum res in stipulatione deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desit; civiliter veluti acceptilatione vel cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit ».

(4) Così nei casi di custodia (in senso tecnico): fr. 18 pr. Dig. 13, 6: « In rebus commodatis talis diligentia praestanda est qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet quibus resisti non possit, veluti ecc. »; e per il creditore pignoratorio fr. 13, § 1, e fr. 14 Dig., 13, 7.

(5) E questo il caso del *nauta*, del *carpo*, dello *stabularius*, i quali sono tenuti a rispondere delle cose loro affidate « etiam si sine culpa eius (nautae) res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in carpina vis maior contingerit » fr. 3, § 1, Dig., 4, 9. — Cfr. nel nostro diritto art. 1629, 1631, 1867, 1898, cod. civile.

(6) Art. 1589 cod. civ.: « Il conduttore è obbligato per l'incendio quando non provi che è avvenuto per caso fortuito o forza maggiore. . . o non ostante la diligenza solita ad usarsi da ogni accurato padre di famiglia ».

(7) Conformemente, sulla comune dottrina pandettistica (WINDSCHEID, *Pandette*, § 264) la quasi unanime nostra dottrina. Vedi N. COVIELLO, *Caso fort.*, p. 12; CHIRONI, *Colpa contr.*, p. 686; POLACCO, *Obblig.*, p. 334, ecc. — Cfr. pure Cass. Roma 16 aprile 1912 (*Foro it.*, 1912, I, 807). — S' intende che qui si parla d'inesecuzione non colposa, come equivalente a inesecuzione casuale, in relazione ai prodursi di *eventi* o *fatti estranei alle parti*, fra i quali taluno vorrebbe porre anche il fatto del debitore estraneo alla sua volontà, mentre altri vorrebbe limitarli ai fatti estranei alla persona del debitore (art. 1225 cod. civ. — Cfr. POLACCO, *op. cit.*, p. 335). È evidente quindi l'equivoco in cui è caduto il GIORGI (*Obblig.*, II, p. 11, nota) quando ha voluto

la prestazione sia divenuta anche solo *eccessivamente onerosa*. E l'applicabilità del decreto vorrebbe desumere o dal fatto (pacífico) che la pirite che essa doveva consegnare alla compratrice era, quando fu disdetto il contratto,

Questo per ciò che ha tratto all'*evitabilità dell'evento*, all'esistenza cioè del fortuito. Ma, dato pure che il caso fortuito sussista perchè la diligenza specifica del debitore non l'ha potuto evitare, esso non ha influenza e non elimina la responsabilità del debitore se non quando per esso la prestazione sia divenuta impossibile. E in relazione alla *possibilità* o meno della prestazione non vi sono gradazioni di diligenza. Se, non ostante l'evento, la prestazione è possibile, il debitore deve eseguirla, giacchè è solo l'impossibilità che lo esonera da colpa (art. 1226 cod. civ.), e difficoltà, per quanto grande, non è impossibilità. (8)

È perciò estraneo al nostro diritto il concetto di un *dovere di sforzo* graduabile a seconda dei negozi, per ciò che ha tratto alle conseguenze del fortuito (9). O questo non lascia più adito alla prestazione, e l'obbligazione è estinta: o v'è ancora una possibilità di prestazione, e questa *deve* essere eseguita.

Ogni qualvolta, adunque, l'inesecuzione dell'obbligazione non sia giustificata dall'impossibilità assoluta della prestazione, l'evento non scusa; l'inesecuzione è colposa, non casuale, e l'obbligazione si perpetua nell'obbligo al risarcimento dei danni.

L'impossibilità può essere *temporanea*. In tal caso l'obbligazione resta estinta sol quando l'osservanza del termine era essenziale alla natura del negozio (cfr. art. 69 cod. comm.); se no, ne resta solo sospesa l'esecuzione, ma il debitore è esonerato dai danni per ritardo (10). Occorre però sempre che si tratti d'impossibilità assoluta.

Si suol dire che l'impossibilità assoluta non possa verificarsi che per le prestazioni aventi per oggetto un corpo certo e determinato. L'obbligazione di genere sarebbe sempre possibile, perchè *genera nunquam pereunt*. Bisogna però osservare che, se si tratta di un *genus limitatum*, vi ha perimento col perimento di tutti gli individui che lo costituiscono (11); e che anche rispetto al *genus* si può dare impossibilità temporanea della prestazione, la quale, in relazione ai fini contrattuali, può, come si è visto, diventare praticamente definitiva e assoluta, e ad ogni modo togliere al ritardo il carattere colposo e impedisce così il costituirsi degli effetti della mora. Tizio s'impegna a dare entro un certo termine una partita di vino dei suoi poderi; dà gli ordini perchè le botti gli siano spedite, per poterne in tempo effettuare la consegna; ma per una qualsiasi causa a lui non addebitabile (evento fortuito) le botti si smarriscono per via; è perciò impedito di farne la consegna nel tempo e luogo del contratto. L'impossibilità, per quanto temporanea, è in tal caso assoluta, nel senso che chiunque si fosse trovato nei panni del debitore sarebbe stato ugualmente impossibilitato a compiere la prestazione (12). L'obbligazione, in questi casi, non perisce, ma la responsabilità per ritardo nella sua esecuzione è eliminata dal fortuito. Fa eccezione a questo principio (ed è un vero caso di responsabilità senza colpa) l'art. 61 cod. comm., ispirato a ragioni strettamente inerenti alle necessità commerciali (13). Ma anche per l'art. 61 si sostiene, e a ragione, che

combattere la teoria che equipara il caso all'assenza di colpa, coll'estendere a quest'ultima le norme della remissione, della confusione, ecc., che sono modi civili, non naturali, di estinzione del debito (cfr. il passo di Pomponio succitato a nota 3).

(8) « *Non facit inutile stipulationem difficultas prestationis* » (fr. 2, § 2, Dig., 45, 1). Il concetto è in massima pacífico nella dottrina classica della colpa. Cfr. CHIRONI, *op. cit.*, p. 691; GIORGI, *op. cit.*, p. 30; VENZI, in nota a PACIFICI-MAZZONI, IV, p. 628; N. COVIELLO, *op. cit.*, p. 85 e segg.; POLACCO, *op. cit.*, p. 332, ecc. Una riconferma si ha nella nostra legge all'art. 1298 cod. civile.

(9) Il concetto è dell'HARTMANN: lo fa proprio, nella nostra dottrina, il BARASSI. Vedi avanti.

(10) Art. 1225 cod. civ.; — cfr. CHIRONI, *op. cit.*, p. 695; COVIELLO, *op. cit.*, a nota 8.

(11) POLACCO, *op. cit.*, p. 356.

(12) Che in tal senso si debba intendere il concetto di impossibilità lo prova indirettamente l'art. 1298 cod. civile. L'obbligazione è estinta se la cosa è smarrita in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza. Ma ci sarà sempre qualcuno che può sapere dov'è l'oggetto. Anche in questo caso non si paragona l'attuale debitore con chi sa dove sia la cosa, ma con chiunque altro si trovasse nella sua condizione. Cfr. POLACCO, *op. cit.*, p. 367. Bene adunque il COVIELLO, *op. loc. cit.*, preferisce parlare di impossibilità *effettiva*, anziché di impossibilità obbiettiva.

(13) Cfr. BARASSI, *Ist. dir. civ.*, Milano, Vallardi, 1914, p. 354. Cfr. pure ASCOLI, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 353-355, e POLACCO, *op. cit.*, p. 364. — Con-

raddoppiata di prezzo, o quanto meno dal fatto (che documenta e deduce a prova per perizia) che il prodotto che essa doveva dare a lire 15 le veniva ormai a costare, per effetto della guerra, lire 20 e più alla tonnellata.

Il *genus* si può considerare temporaneamente estinto quando, per cause d'indole generale, la prestazione sia resa effettivamente impossibile in un dato momento per tutte le aziende fornitrici di quella stessa merce (14). È inutile poi ricordare che dopo l'individuazione o specificazione della merce, il che avviene anche con la semplice consegna al vettore (15), il *genus* si trasforma in *species*: il che la nostra legge esprime dicendo che da quel momento solamente la vendita è perfetta, nel senso che il *periculum rei* passa al compratore (art. 1450 cod. civ.).

II. — La teoria dell'impossibilità assoluta sopra delineata, pur con gli accennati temperamenti, dà luogo però, nelle sue applicazioni pratiche, a sanzionare talvolta delle vere iniquità, cui si ribella il buon senso giuridico comune. Uno scavatore di sabbia dovrebbe, per compiere il lavoro promesso, lavorare nella cava che la vicinanza del nemico rende estremamente pericolosa. Un negoziante dovrebbe consegnare una merce che nel frattempo per via di fortuiti si è talmente rarefatta che egli, per procurarsela e far fronte ai suoi impegni, dovrebbe spendere una somma dieci volte maggiore del prezzo promessogli dal compratore; per consegnare una cosa pattuita a lire 1000 dovrebbe spendere lire 10.000.

In questi, e in consimili casi, il buon senso dice che sarebbe iniquo ritenere responsabile il debitore per l'inadempimento dell'obbligo; che praticamente si è qui di fronte ad un'impossibilità relativa, ma che è impossibilità vera e propria, perchè prima del diritto del creditore di ricevere la *res* in obbligazione, v'è il diritto del debitore di vivere, inalienabile in ogni soggetto di diritto.

Sulla base di questo diritto di vivere, e così sulla base dello *status di necessità*, fu infatti trovata agevolmente la risposta al primo fra i succitati esempi. Ogni volta che due diritti di diversa entità vengono in conflitto, è il maggiore che deve prevalere. Se un diritto patrimoniale viene perciò in conflitto con un diritto della persona, nulla di più giusto che a quest'ultimo sia data la preferenza (16). Sulla base dello *status di necessità* si potrebbe forse risolvere favorevolmente al debitore il caso in cui il diritto patrimoniale del creditore si trovasse in conflitto con un altro vero diritto patrimoniale del debitore, garantito da norme di conservazione e non di semplice attribuzione (17). A tanto infatti giungono alcuni argomentando a *contrario* dall'art. 1810 cod. civile. Se nel comodato, a motivo della natura gratuita del contratto, la legge ha disposto che il comodatario risponda della perdita per fortuito, quando, anziché la cosa comodata, abbia preferito salvare la propria, vuol dire che il contrario dovrà ritenersi in contratti diversi a titolo oneroso, pei quali quindi non valga il motivo suddetto a giustificare la norma di favore pel creditore. Nell'esecuzione di questi contratti, adunque, trovandosi ugualmente minacciato dal fortuito la cosa propria e la cosa altrui, il debitore è giustificato: se salva la prima e lascia perire la seconda. In questo caso si dice che lo *status di necessità*, se non il concetto di impossibilità, lo libera da responsabilità. (18)

tra, nel senso che l'art. 61 configura ipotesi di impossibilità soggettiva che neppure per diritto, civile, son sufficienti ad esonerare da responsabilità il debitore: vedi OSTI *L'art. 61 cod. comm. e il concetto di sopravvenienza*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 356, 359.

(14) VIVANTE, *Trattato di dir. comm.*, vol. IV, p. 147 e segg.; POLACCO, *op. cit.*, p. 365; App. Bologna 24 gennaio 1913 (*Foro it.*, 1913, I, 644, con nota); Trib. Milano 22 aprile 1915 (*Tem. lombarda*, 1915, 380).

(15) VIVANTE, *op. cit.*, p. 154; POLACCO, *op. cit.*, p. 355. — Contra COVIELLO, *Casa fort.*, p. 238 e segg.

(16) N. COVIELLO, *op. cit.*, p. 94.

(17) Per l'esatta comprensione di questa terminologia cfr. CHIOZZEDA, *Dir. process. civile* (3ª ediz.), p. 29.

(18) Teoria dominante. Contro però POLACCO, *op. cit.*, p. 447, il quale sostiene appunto che la regola dell'art. 1810 cod. civ. è normale e si riallaccia al principio che causa giustificatrice dell'inadempimento è solo l'impossibilità assoluta, non mai l'impossibilità relativa di soddisfare il debito e tanto meno il grave disagio pel debitore. — La verità è che qui non si è ancora nel campo dell'eseguità o meno della prestazione, ma in quello della formazione del fortuito, dell'evitabilità o inevitabilità dell'evento con tutte le sue conseguenze: campo che, come si è visto, varia appunto a seconda del grado di diligenza dovuto dal debitore (sopra § I). Cfr. CHIRONI, *Colpa contratt.*, p. 149.

Essendo la Montecatini la produttrice della pirite dedita in contratto, il solo fatto dell'aumento del prezzo commerciale non basta a dimostrare che la prestazione fosse divenuta onerosa (e tanto meno quindi eccessiva-

Ma il concetto dello stato di necessità non serve assolutamente nei casi in cui, di fronte al diritto del creditore, vi sia, non già un diritto contrario del debitore, ma il semplice suo interesse a soddisfare all'obbligazione senza eccessivo sproporzionato sacrificio patrimoniale (19). Non serve quindi, ad esempio, a risolvere favorevolmente al debitore il secondo dei casi sopra ipotizzati.

Eppure anche qui l'equità sente che sarebbe supremamente ingiusto ritenere, nonostante effetti così imponenti del caso, sempre obbligato il debitore, e considerarlo perciò responsabile di danni per l'inesecuzione di un'obbligazione divenuta insopportabilmente onerosa. Ma l'equità non può certo emendare la legge con precetti generali comuni a tutti i consociati. (20)

E allora si è fatto ricorso a un altro concetto. « Quando certi eventi generino la difficoltà di prestazione, ad adempiere la quale dovrebbe il debitore far uso di una diligenza superiore alla normale da lui dovuta, è chiaro che non ne sarà responsabile il debitore inadempiente ». Sono queste parole del BARASSI (21), che per il primo cercò di introdurre in Italia il concetto del dovere di sforzo dell'HARTMANN e di sostituire al concetto di impossibilità quello di prestazione di diligenza, affermando che al di là dei limiti della diligenza dovuta dal debitore v'ha sempre il fortuito. (22)

Ma già si disse come il concetto di diligenza desunto dall'art. 1224 cod. civ. torni appropriato quando si tratti di stabilire se, sul criterio dell'inevitabilità, esista o meno fortuito, non già per delimitarne gli effetti sulla prestazione. Questa deve essere divenuta impossibile, l'evento deve impedire l'esecuzione (art. 1226 cit.): altrimenti l'obbligazione del debitore permane. La legge è qui troppo chiara e precisa per poter ammettere gradazioni di colpa; questa vien meno soltanto là dove cessa la possibilità. Il dovere di sforzo o di attività che si richiede dal debitore non ha altro limite che l'impossibilità. (23)

III. — Il problema, come sopra posto dall'equità, non risolvibile coi principi del *periculum rei*, fu più convenientemente portato nel campo della volontà contrattuale e in genere del contenuto dei contratti.

E si viene così alla teoria formatasi sulla c. d. clausola re-

(19) Non si potrebbe qui parlare del diritto generico all'integrità dei propri beni, perchè per legge il debitore è tenuto a rispondere della contratta obbligazione con tutti i suoi beni mobili e immobili, presenti e futuri (art. 1948 cod. civ.). Questo riflesso basta pure a dimostrare estraneo al nostro diritto il concetto di *impotenza*, per cui la possibilità della prestazione si commisurerebbe alla potenzialità economica del debitore, ai suoi mezzi: si guarderebbe cioè alla possibilità di sforzo, anziché al dovere di sforzo di cui parlano altre teorie (vedi in BARASSI, *Appendice ecc.*, p. 518). Cfr. invece i §§ 275 e 279 cod. civ. germanico, in cui l'*impotenza* è parificata all'impossibilità limitatamente alle prestazioni di cose determinate nella specie.

(20) Solo può temperarne le asprezze nelle applicazioni ai singoli casi, quando il legislatore lo consenta, il che può avvenire per tramite dei contratti (art. 1124 cod. civ.). Ma di ciò ampiamente più avanti.

(21) *Istituz. di dir. civ.*, p. 353.

(22) BARASSI, *Appendice ecc.*, p. 504 e segg. Cfr. pure SRAFFA, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 254, e U. PIPPA, in *Monit. trib.*, 1915, p. 141. Il concetto del BARASSI penetrò anche in qualche decisione giurisprudenziale: App. Bologna 24 gennaio 1913 (*Foro it.*, 1913, I, 644); Cass. Torino 28 febbraio 1914 (*id.*, Rep. 1914, voce *Vendita*, n. 114); Cass. Firenze 3 dicembre 1914 (*id.*, 1915, I, 278). — Vedi pure, posteriori però al decreto luogotenenziale 27 maggio 1915 di cui si discorre più avanti, App. Parma 12 agosto 1915 (*Riv. dir. comm.*, 1916, II, 46); Trib. Milano 16 dicembre 1916 (*Temi lomb.*, 1915, 646); App. Milano 20 dicembre 1915 (in questo volume, retro col. 609); App. Genova 5 febbraio 1916 (*Temi genovesi*, 1916, 206). Si vuol parlare in tali casi di *impossibilità soggettiva o relativa*.

(23) In questo senso si può dire unanime la dottrina (vedi retro nota 8) e la giurisprudenza. Per quest'ultima basta sfogliare qualsiasi Repertorio per convincersene. Recentissima, e specialmente interessante perchè posteriore al decreto luogotenenziale succitato, è la sentenza 17 gennaio 1916 della Cassazione di Firenze (in questo volume, retro, col. 609, con nota di richiami). Un rigoroso richiamo alla dottrina tradizionale dell'impossibilità sopravveniente dell'oggetto si ha in un recentissimo studio dell'OSTI: *L'impossibilità di prestare ecc.*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, dallo stesso citato e riassunto in altro suo studio, *L'art. 61 cod. comm. ecc.* (già menzionato), in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 357 e nota ivi. — Si può infine qui richiamare l'opinione, esatta, la quale ritiene che vi sia impossibilità quando l'esecuzione del contratto sarebbe ancora possibile ma con *modalità affatto diverse* da quelle convenute, che suaturerebbero completamente il contratto: cfr. App. Genova 30 dicembre 1912, *Foro it.*, Rep. 1913, voce *Vendita*, nn. 204-205.

mente onerosa), non potendosi logicamente parlare di onerosità della prestazione se non quando sia provato che il costo ne superi il rendimento, sì che la stessa appaia divenuta perdente.

bus sic stantibus (24), in cui, anziché all'impossibilità oggettiva o soggettiva, assoluta o relativa della prestazione, si ha riguardo al contenuto iniziale della volontà (*in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*) in relazione alle mutate circostanze di fatto (*praeter opinionem stipulantium*) in cui deve svolgersi la sua esecuzione.

Questa teorica sorse e si sviluppò nel diritto comune sulla base di passi isolati e male interpretati del diritto romano (25) e si affermò per via di datteri, non ridicibili a sistema, e privi affatto di contenuto scientifico. « *Promissiones intelligentur rebus sic habentibus* »; « *ad inopinata et impremeditata et ex futuro pendencia stipulationes facta renunciationes et similia non extenduntur* ». Già quei pratici però dicevano che risoluzione del vincolo non potesse aversi se non quando il contratto « *tractu temporis reducitur ad magnam iniustitiam* » (DE LUCA), o quando « *contractus non continet enormem laesionem ab initio, sed ex post facto, propter mutationem temporum* » (MANTICA); che non bastasse un qualsiasi mutamento di fatto, altrimenti le convenzioni « *tractu temporis facile subverti possunt, quia semper dici posset rem non extare sicut erat tempore celebrati contractus* » (*id.*).

Sotto l'influsso del diritto comune i primi codici inclusero la clausola come figura generale applicabile a tutte le convenzioni (cod. bavarese del 1756 e cod. prussiano del 1794). I codici moderni ne contengono invece delle singole applicazioni (cod. austriaco, § 936; cod. germanico, §§ 321, 610; cod. italiano art. 1176, 1617, 1618, 1652, 1816, 1919 n. 2, ecc.); ma la formulazione del principio come norma generale regolante i contratti è scomparsa. Nel nostro diritto si è perciò detto da alcuno che la norma dell'art. 1123, per cui i contratti hanno forza di legge e non possono revocarsi che per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge, osta a che i contratti e in genere i negozi giuridici si possano ritenere risolubili pel sopravvenire di circostanze di fatto non previste, fuori dei casi dalla legge stessa regolati. (26)

Tuttavia i più ritengono che, o nell'ambito delle norme dettate per l'interpretazione della volontà contrattuale, o per quanto sia consentito dall'equità, che per espresso disposto di legge integra il contenuto di tutti quanti i contratti (art. 1124, 1131 cod. civ.), la clausola *rebus sic stantibus* possa ricevere feconde applicazioni nel nostro diritto anche fuori dei casi tassativamente regolati dal codice. (27)

Per porre bene in luce i principi regolatori della complessa materia, occorre anzitutto sceverare dal materiale caotico trasmessoci sulla clausola dai dottori del medioevo tutto quanto s'attiene ad altre affini materie, e in secondo luogo porre nettamente i limiti di sua applicazione, distinguendola dall'istituto della presupposizione, con la quale viene comunemente confusa. (28)

(24) La clausola *rebus sic stantibus* si vede infatti normalmente opposta nei giudizi cumulativamente coll'eccezione d'impossibilità. Cfr. App. Bologna 24 gennaio 1913 e Cass. Firenze 3 dicembre 1914, cit. a nota 22.

(25) Fr. 93 pr. Dig., 45, 1 (Marcello): « *Illorum opinio qui etiam ea quo recte constituntur resolvunt putant cum in eum casum incidunt a quo non potuissent consistere* »; fr. 3, § 2, Dig., 34, 8 (Marciano): « *Quae in eam causam pervenerunt a quo incipere non poterant pro non scriptis habentur* ». Ai quali però contrastano i seguenti passi: fr. 85, § 1, Dig. 50, 17 (Paolo): « *Non est novum ea quae semel utiliter constitutae sunt durent, licet ille casus extiterit a quo initium capere non potuerunt* »; e Giustiniano nelle Istituzioni (§ I, II, 20): « *Non enim placuit sententia existimantium existitum esse legatum quia in eam causam pervenit a quo incipere non potuit* ».

Su ciò, e in generale sulle notizie storiche dell'istituto, cfr. BARASSI, in *Archivio giur.*, vol. IV, 1899, p. 1 e segg.; GABBA, in *Giurispr. it.*, 1900, IV, p. 62 e segg., e specialmente OSTI, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1 e segg.

(26) GABBA, loc. cit.; Cass. Firenze 20 aprile e 3 dicembre 1914 (*Riv. dir. comm.*, 1914, II, 627, e *Foro it.*, 1915, I, 278).

(27) Cfr. spec. BARSANTI, loc. cit., e in *Foro it.*, 1911, I, 737; OSTI, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 471, e 647; BRUGI, *Ist. dir. civ.*, p. 477; COGLIOLO, *Scritti vari di dir. priv.*, p. 367; GIORGI, *Obblig.*, IV, p. 235, ecc. — La maggior parte degli autori limita l'applicabilità della clausola ai soli contratti aventi tratto successivo; ma pare senza ragione. Vedi appresso nota 30.

(28) È questo l'errore in cui è caduto il COGLIOLO, loc. cit., e in un certo senso anche l'OSTI, op. cit., p. 647 e segg., il quale infatti circoscrive il tema al vedere quali conseguenze porti « il venir meno delle condizioni di cose presupposte ». Che la teorica della presupposizione s'attagi a spiegare molte ipotesi comprese nel latissimo contenuto dell'originaria clausola *rebus sic stantibus* non si può negare (cfr. WINDSCHEID, trad. it., vol. I, p. 409 nota 5).

Ma, a parte questo riflesso d'indole strettamente letterale, par certo al Collegio che all'applicabilità del decreto, nonché la sopravvenuta possibilità di vendere a prezzi molto maggiori, o la minorazione del rendimento

Circa il primo punto, infatti, fu autorevolmente osservato (29) che la stessa generalità della formula *rebus sic stantibus* è incompatibile con la sua fondatezza e col suo valore scientifico. *Res*, circostanze, in generale intese, sono tutte le condizioni delle persone, delle cose, lo scopo, l'utilità, l'opportunità del contratto. « Che in tanta generalità intesa — esclama il GABBA — la clausola trarrebbe seco l'instabilità di tutti i contratti, il sovvertimento di tutto quanto il diritto contrattuale, non è d'uopo dimostrare a nessun minimo giureconsulto ».

Ora, è vero che la generalità della parola *res* potrebbe indurre a ritenere applicazioni della clausola quelle che non sono che l'applicazione di principi giuridici diversi e aventi già una propria spiccata individualità. Così, PAOLO DE RUBEIS, che riassume tutta l'elaborazione della clausola nelle note alle decisioni della Rota romana (Roma, 1696), spiega coll'applicazione della clausola il caso della restituzione della dote data dalla monaca per entrare in un monastero dopo che essa decise di non più entrarvi (*si illa non ingreditur*), il caso di un dottore che accettò di leggere per tre anni in Siena, *si hospitium cum taxata pensione habebit*, e poi giustamente tralasciò perché al secondo anno non ebbe la pensione, e infine il caso di un dottore che aveva giurato di adottarsi a Bologna, e più non vi si recò perché *supervenit pestis*; soluzioni tutte correttissime, ma che si spiegano benissimo rispettivamente col difetto di causa, con la mancata controprestazione, con la forza maggiore, senza che occorra escogitare nuove dottrine. Bisogna quindi eliminare, e considerare estranee alla clausola, ad esempio, le norme che riflettono l'influenza che hanno sul contratto le sopravvenute modificazioni nella capacità giuridica dei contraenti (es. art. 1729 n. 4 e 1757 cod. civ. circa gli effetti dell'interdizione o del fallimento del socio mandatario), nella causa (es. art. 1560, 1578 cod. civ. in quanto riguardano il venir meno totale della controprestazione) (30), nell'oggetto (es. 1298 cod. civ.) dei contratti; e limitarne il richiamo ai soli due casi che non si prestano ad esser regolati con altri principi, e cioè il caso in cui per sopravvenute modificazioni nello stato di fatto la controprestazione non presenti più alcuna utilità o presenti un'utilità notevolmente diminuita, e quello, che forma speciale oggetto del presente studio, dell'eccessiva onerosità della prestazione sopravveniente per fortuito. Che anzi i due casi si riducono ad uno solo, ove, come vuole la retta ragione giuridica, la prestazione si consideri e si apprezzi in relazione alla controprestazione, e così pel suo valore *corrispettivo*, non pel suo semplice valore di scambio; si che il giudizio sull'onerosità della prestazione risulti da un confronto fra costo e rendimento della stessa (vedi avanti note 56 e 78, e § VIII).

Così pure è verissimo che non ogni mutamento nelle previsioni dei contraenti può essere preso in considerazione agli effetti di modificare, o peggio ancora porre nel nulla, il contenuto contrattuale. Quelle previsioni, in quanto costituiscono dei semplici motivi *soggettivi* della volontà, non sono normalmente protetti dall'ordine giuridico, e anche se falliscono, la legge del contratto deve avere il suo vigore.

Non solo. Il nuovo avvenimento può anche sorgere fuori

della controprestazione (mancato lucro), neppur basti l'essere divenuta la prestazione perdente, sia pure, come nella specie si vuol dimostrare, in grado notevole.

Basteranno, a convincere di ciò, pochi accenni che

di qualsiasi previsione, sia pure negativa o indiretta, delle parti. In tal caso i suoi effetti sono regolati, non già dalla volontà delle parti che ad essi non si è estesa, ma dalla legge, che, coi suoi dettami, completa il contratto (art. 1134 cod. civ.): e la legge, per mantenersi al tema del presente studio, è chiara nel negare efficacia al fortuito che renda solo, al più, onerosa la prestazione.

Si chiarisce così anche il secondo punto, e si delinea la differenza tra la materia dei presupposti contrattuali e quella della clausola. La prima considera l'avvenimento sopravveniente in relazione a quelle che furono le previsioni, le rappresentazioni delle parti al momento in cui contrattarono; la seconda riflette invece il sopravvenire di avvenimenti impreveduti, non mai prima pensati o immaginati dai contraenti.

Ma qui è d'uopo scendere ad un più particolareggiato esame delle due figure e delle svariate teorie che vi si riconnettono o che comunque s'affacciano nel complesso tema della sopravvenienza.

IV. — Furono chiamati col nome di *presupposizioni* (31) quegli avvenimenti, o stati di fatto, positivi o negativi, presenti o futuri, alla cui esistenza il dichiarante subordina l'efficacia della propria volontà, ma che non formano oggetto di condizioni esplicitamente introdotte nello schema del negozio. Esse, come auto-limitazioni della volontà, son diverse dalla causa, che è la ragione giuridica giustificante del negozio e perciò elemento obbiettivo dello stesso; e attengono invece ai motivi o intenti subiettivi del dichiarante, ma, a differenza di questi, sono riconosciute dall'ordine giuridico e penetrano nell'orbita del negozio. Questo il concetto di presupposizione. La difficoltà consiste però nel vedere quando e per qual mezzo semplici motivi del dichiarante, attinenti al mantenersi, venir meno, o prodursi, di determinati avvenimenti, circostanze, o stati di fatto, trovino giuridica tutela ed entrino nel contenuto del negozio, e, in tal caso, quando, per trattarsi di concetti nuovi non aventi già una lor forma propria e determinata, soccorra l'opportunità della nuova terminologia.

Per limitarci ai contratti (art. 1124 cod. civ.), è certo che ciò può accadere per opera della legge, la quale per via di norme dispositive predispone per lo appunto lo schema del contratto nel quale s'adagia completandosi la volontà delle parti, e vi introduce così quegli elementi che meglio ritiene conformi all'indole sua e che suppone attuino meglio l'interesse dei contraenti. È perciò frequente il caso che un motivo inespreso dal dichiarante diventi un presupposto contrattuale riconosciuto per opera del legislatore: es. art. 1482, 1493, 1577, 1581, 1653, 1729 n. 3 cod. civ. e così via. In tali casi si parla però, ed è inutile ricorrere a terminologie diverse, di *conseguenze legali*, di elementi naturali del contratto (32). — Può accadere per via dell'uso cui le parti s'ansi espressamente o tacitamente riportate. Si tratta però qui di usi interpretativi, che entrano nel quadro generale della volontà dichiarata (33); onde, se per mezzo loro l'efficacia o la risoluzione del contratto si faccia dipendere da un avvenimento futuro o incerto, si sarà nel campo delle *condizioni d'uso* (art. 1135, 1157 cod. civ.). Inutile ancor qui parlare di presupposizioni (34). — Ciò infine può accadere per tramite della *volontà dichiarata* delle parti; e si avrà ancora la figura della condizione, la quale, ed è qui tutta la fonte dell'equivoco, può essere non solo espressa, ma anche tacita.

È precisamente nel campo delle *condizioni tacite* che debbono

(31) WINDSCHEID, op. loc. cit., p. 394 e seg. Si tralascia qui per semplicità la figura del *modus* che il WINDSCHEID a completare il disegno logico giuridico da lui ideato comprese nelle presupposizioni, *ibid*, p. 399.

(32) *Naturalia negotii*, fr. 11, § 1, Dig. 19, 1: « *Ea praestabuntur quae naturaliter insunt* ».

(33) N. COVIELLO, *Manuale di dir. civile ital.*, I, p. 56. Da ciò discende come conseguenza che l'uso interpretativo può derogare alle disposizioni di legge fin dove può derogarvi la volontà delle parti. Cfr. Cass. Torino 29 marzo 1913 (*Foro it.*, 1913, I, 1196).

(34) Tale è, ad esempio, il caso recentemente occorso in giurisprudenza della c. d. clausola tacita di guerra nei contratti di carbone. Vedi SRAFFA, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 254, e la sentenza della Cassazione di Torino citata nella nota precedente.

FADDA e BENA, *ivi*, p. 1052), ma poiché la presupposizione è concetto ormai acquisito alla nostra scienza giuridica, e avente un suo campo proprio di applicazione, è bene, per non ingenerare inutili confusioni, restringere la figura della clausola a quello che è il suo ambito più caratteristico e peculiare, quale sarà chiarito più avanti. In questo senso vedi DUST, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, 152.

(29) GABBA, loc. cit., a nota 24.

(30) Gli art. 1560 e 1578 citati rappresentano un'eccezione al principio che *casum sentit creditor*, e si sogliono spiegare con la natura speciale, a tratto successivo, dei contratti per i quali l'eccezione fu introdotta: cfr. POLACCO, op. cit., p. 351, 373; COVIELLO, op. cit., p. 169 a 191 e p. 232 segg.; GIORGI, op. cit., IV, p. 293. E specialmente per questo modo diverso di comportarsi del *periculum rei* nei contratti *qui habent tractum successivum* in confronto a quelli *qui unico momento perficiuntur*, che i sostenitori della clausola, con spiegabile procedimento di estensione analogica, crederono di limitarne l'applicabilità ai primi. La distinzione, in senso assoluto, non è però fondata; giacché, per quanto sia vero che con maggior frequenza capitò di dover richiamare i principi della clausola a contratti la cui esecuzione si distenda o frazioni nel tempo, non si può escludere che gli stessi possano trovare applicazione anche a casi di esecuzione istantanea *differta al futuro*. Ne è un esempio chiarissimo l'art. 1176 cod. civ., che è indubbiamente un caso di applicazione legislativa dei principi della clausola. Cfr. OSTI, op. cit., (1913), p. 471 e segg.

spieghino lo spirito della disposizione legislativa in esame, in relazione alle circostanze che v'han dato origine.

L'art. 1226 cod. civ. esprime che ogniquale volta l'inesecuzione dell'obbligazione non sia giustificata dalla so-

essere relegate le presupposizioni considerate come auto-limitazioni della volontà.

Si veda infatti. Dice il WINDSCHEID (35) che, nelle dichiarazioni di volontà tra vivi, la presupposizione, per esser tale, e cioè per obbligare la controparte, deve essersi potuta conoscere da colui a cui vantaggio è stata emessa la dichiarazione di volontà. E ciò sta bene: non può neppure immaginarsi che un contraente debba ritenersi obbligato per ciò che l'altra parte, senza ch'egli sapesse o potesse sapere, si è limitato a pensare. Ma è evidente che, almeno pel nostro diritto, la conoscibilità del motivo non basta a far sì che questo si consideri introdotto nel contratto.

Chè, anzi, non basta neppure che il motivo sia conosciuto dalla controparte perchè essa vi si possa ritenere vincolata. Un impiegato di Stato prende in affitto per più anni un appartamento nella città in cui esercita il proprio impiego; è evidente che egli presuppone di rimanere in quella città per tutto quel dato numero di anni, di non essere traslocato altrove prima di quel termine. Questa presupposizione è conoscibile e si può pensare anche conosciuta alla controparte che sa della qualità di impiegato. Ma che per ciò? Se il trasloco avviene prima del termine previsto, se vien meno la presupposizione, cadrà forse il contratto? No, si risponde, perchè la presupposizione restò allo stadio di motivo personale, soggettivo, irrilevante; non penetrò nel contratto per esservi mancata l'adesione esplicita o tacita della controparte. Gli esempi si potrebbero moltiplicare. E si può così pensare al caso di morte del conduttore prima dello scadere della locazione; la vita dell'inquilino, come elemento necessario pel godimento dei locali affittati, è presupposto evidentemente noto al locatore: pure il venir meno di esso non porta allo scioglimento del contratto (36). Si pensi pure al caso di locali affittati per più anni da una ditta commerciale; il presupposto chiaro, noto alle parti, è la continuità della vita commerciale della ditta conduttrice; eppure il cadere della stessa in fallimento, il venir meno del presupposto, non scioglie il contratto. (37)

Perchè l'auto-limitazione di volontà del dichiarante, adunque, operi nel contratto, occorre, in questi e in consimili casi, che la controparte v'abbia aderito con una conforme dichiarazione di volontà. Certo, di questa adesione si potrà trarre la prova dal contesto dell'atto, anche se le parole chiaramente non la esprimano, giusta le comuni norme d'ermeneutica contrattuale (art. 1131 e seg. cod. civ.). Basterà anche un'adesione tacita, che s'induca dal comportamento esteriore della parte, incompatibile con una sua diversa volontà; basterà così anche il silenzio, considerato appunto come comportamento o contegno non equivoco, dal quale certa scaturisca l'esistenza della volontà (38). Ma sempre occorrerà che dir si possa che la parte cui la dichiarazione di volontà era diretta, non solo ha conosciuto, ma ha riconosciuto il presupposto cui il dichiarante ha nell'animo suo subordinato il proprio volere, e ha prestato il suo assenso a che corrispondentemente ad esso venisse limitata l'efficacia dello stipulato contratto. Nel qual caso è chiaro come, senza ricorrere a terminologie diverse, si dovrà parlare ancora di condizione, tacitamente, e cioè per via di manifestazioni indirette del consenso, voluta dalle parti.

Conseguenze legali dei contratti, clausole d'uso, condizioni espresse tacite, ecco adunque la forma che attraverso alla legge, all'uso, alla volontà delle parti, posson via via assumere i c. d. presupposti contrattuali. Non basta però. A costituire il contenuto dei contratti, che nel nostro diritto sono tutti di buona fede, concorre pure, per espresso disposto di legge (art. 1124 cod. civ.), l'equità, la quale può così inserirvi clausole atte a regolare un punto del rapporto cui la volontà dichiarata delle

pravvenuta 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

parti non si sia estesa. Non v'è nulla di strano e d'illegittimo quindi, nel ritenere che un motivo della volontà proprio di un solo contraente possa, in nome dell'equità, trovar protezione e tutela, e assumere così veste di presupposto contrattuale cui l'ordine giuridico assegni decisiva influenza nel regolare gli effetti del contratto. Chè in tal caso, anzi, trattandosi di dar veste nuova al motivo, di staccarlo dal quadro soggettivo dei processi volitivi interni, e di dargli consistenza oggettiva nella trama del negozio, torna opportuno adottare il termine nuovo, esprimente molto bene il concetto, di presupposizione.

Ecco adunque in poche parole il concetto di presupposizione, quale, nei contratti, può venir accolto nel patrio diritto: un motivo attinente al mantenersi o stabilirsi di un dato stato di fatto che pel tramite dell'equità entra a far parte del *vinculum juris* che lega le parti.

Per quanto a tale concetto si avvicini, non par quindi sia interamente esatto l'insegnamento dei chiari commentatori del WINDSCHEID, i quali convengono bensì che la dottrina della presupposizione, sanamente intesa, risponda piuttosto alla c. d. teoria dell'affidamento che non alla teoria volitiva, ma concludono egualmente nel ritenere, che l'indagine sull'esistenza o meno di presupposti sia da condursi coi criteri dell'ermeneutica contrattuale saggiamente intesi (39). Invece, come si è visto, il problema non è di volontà, perchè nei limiti della volontà dichiarata (e a questa sola può estendersi l'interpretazione del giudice) non vi sono che condizioni. Esso è posto e risolto dall'equità, che con la volontà dichiarata e con la legge concorre appunto a formare il contenuto contrattuale; e l'equità è norma che parte dalla coscienza del giudice come dettata dalle speciali esigenze del caso, indipendentemente e oltre il dichiarato volere delle parti; non è criterio interpretativo, ma fonte autonoma di obbligazioni là dove, come nei contratti, la richiama la legge.

Una zona intermedia fra le condizioni espresse e tacite apposte al contratto e i motivi interni del volere, vorrebbe fare delle presupposizioni anche il COGNOLIO (40), il quale però così si esprime: « Tra il territorio dei patti espressi o taciti, delle condizioni apposte al contratto, e il territorio dei motivi interni sta una zona intermedia che è costituita da quei fatti obiettivi ed esterni che formano il substrato, il presupposto necessario, il fondamento su cui si elevò e formò la volontà e il consenso dei contraenti ». E a delimitare i presupposti oggettivi, a distinguerli dai motivi o presupposti soggettivi, irrilevanti, vorrebbe s'addottasse il criterio di ritenere come apposte « quelle condizioni concrete che un contraente normale, comune, medio, avrebbe ritenuto come esistenti ». Ora, se con ciò il COGNOLIO, come pare, ha voluto additare un criterio d'interpretazione della volontà delle parti (41), basterà ricordare quanto sopra si è detto sulla necessità che la volontà sia dichiarata e che l'adesione al presupposto sia provata quanto meno da un contegno o comportamento non equivoco, e cioè non altrimenti spiegabile, della parte cui la dichiarazione è diretta. Solo si potrà convenire che, nell'interpretare tale contegno o comportamento, si dovrà tener conto anche di quelle presunzioni che scaturiscono dall'*id quod plerumque accidit*, e cioè del modo con cui trattano e agiscono le persone sensate, normali, comuni. Ma se invece ha voluto dettare una norma diversa, che astruendo dal volere dichiarato dei contraenti regoli il contenuto e la portata del vincolo giuridico creato fra le parti dal contratto, la sua teorica non può aver valore se non riferendola all'equità e ai criteri che ne regolano il funzionamento, perchè fuori dell'equità, nessun'altra fonte di obblighi contrattuali riconosce la legge che a quella teorica possa servire di sostegno. E allora si può ben dire che il criterio del « quanto avrebbe ritenuto un contraente medio, comune », sarà ottima guida per giudicare

(35) Op. loc. cit., p. 400.

(36) Art. 1596 cod. civile. Il legislatore fa un'eccezione a questo principio e introduce la presupposizione come elemento naturale del contratto, per la mezzadria (art. 1652).

(37) Un temperamento equitativo ha qui il legislatore per le locazioni ultratriginali (art. 703 cod. comm.): anche qui la presupposizione penetra nel contratto, in termini molto limitati, per volontà del legislatore.

(38) FADDA e BENZA, in nota a WINDSCHEID, op. loc. cit., p. 895 e seg.: « In conventionibus voluntatem potius quam verba speciari placuit » fr. 219 Dig. 50, 16 (Papiniano).

(39) Op. loc. cit., pp. 1048, 1053.

(40) Op. loc. cit., sopra a nota 27.

(41) Ecco, infatti, com'egli intende la presupposizione: « Essa è una condizione non svolta, ma egualmente efficace, cioè uno stato di cose che le parti hanno posto tacitamente a base del loro volere; ma in modo così certo che neppure hanno pensato a farne una condizione espressa; è condizione, perchè senza di essa le parti non avrebbero voluto, non svolta perchè presupposta e non espressa ».

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'esecuzione della prestazione sia divenuta pel-

se normali siano le aspettative e gli affidamenti dal dichiarante riposti nella buona fede della controparte; ma senza che con ciò si possa pretendere di aver esaurito tutto il vasto contenuto del principio d'equità.

Altrettanto deve dirsi della teoria avanzata dall'Ostri (42), il quale dichiara esplicitamente di non considerare il problema come di mera interpretazione del volere delle parti, giacché lo stesso si riferisce invece ai fatti che producono il verificarsi di un resultamento diverso da quello concordemente voluto dalle parti. Senza qui seguire questo autore nella faticosa costruzione della sua *teoria della sopravvenienza* (43), basterà ricordare che egli vorrebbe si tenesse conto delle rappresentazioni che ha avuto presente il dichiarante nell'obbligarsi « quando la concreta realtà della prestazione, qual'è individualizzata nel contratto, non possa essere diversamente rappresentata da persone che si trovino nella posizione e nell'ambiente sociale ed economico proprio del contraente in questione ». Anche qui deve osservarsi che l'escogitato concetto, acuto indubbiamente, non può aver valore se non riportandolo all'equità, la quale può ben farlo suo e tenerlo presente come guida pratica da seguirsi nella soluzione delle singole fattispecie; ma non in modo esclusivo. Giacché l'equità trae vita e norma da tutte le singole peculiarità del caso presentatole, e ha perciò un contenuto vario quanto sono varie le fattispecie che le contingenze della vita pratica s'incaricano di quotidianamente foggiare sotto infiniti disparatissimi aspetti.

Anziché rinviare il giudice alla figura del contraente medio, normale, comune, o, come meglio vorrebbe l'Ostri, del contraente dello stesso tipo, qualità, educazione, cultura, ambiente sociale ed economico e così via, di quello in questione, è perciò meglio, e più rispondente al precetto di legge, rinviare il giudice stesso all'equità, e così alla contemplazione, per così dire, delle parti (44), dei loro rispettivi interessi, dei motivi che le hanno mosse, dei fini che esse volevano raggiungere, ecc. Se da tutto questo esame complesso e completo il giudice si convincerà che è equo, rispondente alla buona fede, tener conto di un motivo proprio del dichiarante, conosciuto alla controparte (45), benché estraneo alla volontà da questa espressamente o tacitamente manifestata, sarà in nome dell'equità che egli riconoscerà giuridica esistenza al motivo e gli verrà così a conferire forma e portata di presupposto contrattuale legalmente efficace. (46)

V. — Ad un risultato analogo si giunge, benché per una via diversa, quando si passi ad esaminare gli effetti sul contratto, della sopravvenienza di un avvenimento assolutamente nuovo e im-

(42) *Op. cit.*, (1913), p. 666 e seg.

(43) Secondo l'Ostri, nella promessa di una prestazione futura, cui, in ogni sua forma è applicabile la teoria della sopravvenienza (e si ha sopravvenienza quando « l'elemento concreto rappresentato dal singolo contraente viene ad esser prodotto in modo disforme dalla rappresentazione ch'egli se n'era fatto »), si riscontra: a) un atto di volontà (volontà di assumere un obbligo); b) una volontà marginale o semplice determinazione di volere, energia volitiva allo stato dinamico (volontà di eseguire l'obbligazione, che esige un'attività volontaria ulteriore). In questa sua *volontà marginale* il dichiarante vuole dietro condizioni e riflessi (rappresentazioni) che costituiscono l'entità economica della prestazione « vuole la prestazione con quell'entità economica che corrisponde alle sue rappresentazioni ». Questa volontà marginale deve ritenersi delicta in contratto quando sia normale che la controparte la conosca, quando « si debba ritenere nota alla controparte la connessione logicamente e psicologicamente necessaria colla volontà dichiarata nell'atto obbligatorio, secondo i criteri offerti dalla natura e dalle condizioni concrete delle singole contrattazioni »: *Op. loc. cit.*, spec. p. 691. E spiega poi « nel senso che la concreta realtà della prestazione, quale è individualizzata nel contratto, non possa esser diversamente rappresentata da persone che si trovino nella posizione e nell'ambiente sociale ed economico proprio del contraente in questione »: *ibid.*, p. 692.

L'Ostri è testè ritornato sulla sua teoria della sopravvenienza nel recente suo studio già menzionato: *L'art. 61 cod. comm. ecc.*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 363 e seg.

(44) *Cir. Trib. Milano 16 dicembre 1915 (Temi lombarda, 1915, 646)*.

(45) Ciò esige certo sempre il principio della buona fede. Vedi sopra § IV.

(46) Conf. BARASSI, *Istituz.* p. 177, e specialmente in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 36, 37, 38: « L'equità — bene s'esprime questo autore — sostituisce l'intervento volitivo o adesivo di uno dei contraenti, dando forza all'aspettativa dell'altro ».

soppravvenire di fortuiti pericolosa per la vita o per altri diritti primordiali del debitore, nei quali casi di conflitti di diritti è naturale si dia la preminenza al diritto puziore, ma anche quando al diritto patrimoniale del cre-

pensato, di un avvenimento che non si sia affatto rappresentato al pensiero delle parti quando stipularono, né sotto forma positiva né sotto forma negativa, e che non si possa perciò in alcun modo ricondurre alle previsioni e ai motivi che le indussero a contrattare.

Un esempio chiarissimo, caratteristico, di avvenimenti cosiffatti, si ha nell'inopinato scoppio della guerra europea che ancor oggi divampa in tutto il suo furore. Chi, prima del 1911, ad esempio, si obbligò per lo spazio di più anni a fornire certa merce a dati prezzi e sotto date condizioni, non pensò certo in quel momento (si può affermarlo con sicurezza almeno per l'Italia) che dopo qualche anno nel corso d'esecuzione dei suoi obblighi, sarebbe sorta un'immane conflagrazione che avrebbe trascinato poco per volta tutti i principali Stati d'Europa, e che avrebbe sconvolto tutte le previsioni economiche che si riallacciavano allo stipulato contratto.

L'avvenimento si presenta qui come assolutamente impreveduto e impensato. Come si comporterà di fronte ad esso il diritto? Quale influenza potrà ad esso riconoscersi sul contenuto del contratto e sulla portata degli obblighi assunti dalle parti?

È questo il terreno proprio, caratteristico, della clausola *rebus sic stantibus*, terreno estraneo del tutto, invece, alla pur vasta materia della presupposizione di cui sopra si è discusso. Di fronte all'imprevisto non si può infatti parlare mai del venir meno di presupposti, intesi in senso soggettivo, quali auto-limitazioni della volontà, perchè nulla le parti han supposto circa ad esso, né in modo positivo né in modo negativo; le parti non vi hanno neppur pensato.

Da ciò un'ovvia conseguenza. E cioè che, a differenza di quanto avviene per le presupposizioni, in cui per lo più si tratterà di indagare se, almeno tacitamente, le parti abbiano ad esse esteso il proprio comune consenso (nel qual caso si avrà, come si è visto, la figura della condizione tacita), a regolare gli effetti dell'imprevisto non si potrà di norma richiamarsi alla volontà delle parti.

Di norma, si dice, perchè, come eccezione, le parti possono aver pensato e regolato l'imprevisto. Il che si dà specialmente: a) quando esse abbiano dato assetto convenzionale alla materia del fortuito, sottraendolo alle norme dispositive di legge (47); b) quando la natura stessa del contratto (contratti aleatori) induca a credere che l'obbligato abbia voluto egli stesso assumere le conseguenze, sia pure inique, dell'imprevisto. (48)

Ma, fuori di tali casi; di fronte all'imprevisto non si può parlare di volontà. Le parti nulla han potuto voler statuire circa le conseguenze dell'avvenimento sopravvenuto, perchè non vi hanno affatto pensato, e la volontà trova i suoi motivi e i limiti delle sue determinazioni in ciò che formò oggetto del pensiero. Dove non v'è pensiero non vi può essere volontà.

Si vuole però dai sostenitori della clausola riguardare il problema come di volontà ripetendosi coi vecchi pratici che *voluntas non fertur ad incognitum*. Ma bisogna bene intendersi sulla portata di tale ditterio, che è giustissimo, se con esso si vuole esprimere che la volontà non si estende a quanto, per essere ignoto, non poteva formare oggetto delle sue determinazioni, ma è profondamente errato nel senso che comunemente si suole attribuirgli (49), cioè che non vi sia più obbligo là dove non si è estesa la volontà.

Si deve infatti qui ripetere quanto si è sopra già più volte espresso. Che il contenuto contrattuale, almeno nel diritto vi-

(47) Le norme degli art. 1225, 1226 cod. civ., di cui appresso si discorre, sono sicuramente norme dispositive, cui le parti possono convenzionalmente dare maggiore o minore estensione, coll'assunzione, ad esempio, totale o parziale del fortuito per parte del debitore, coll'esonerario dall'obbligazione pel sopravvenire del fortuito non impediente ma soltanto ostacolante la sua esecuzione. In tali casi il problema circa gli effetti della sopravvenienza è di pura interpretazione della volontà. Cfr. *Trib. Milano 16 febbraio 1916 (Temi lomb., 1916, 165)*. Così pure questioni di mera interpretazione della volontà, da risolversi colle norme comuni dell'ermeneutica contrattuale, sono quelle riguardanti l'estensione dell'assicurazione contrattata contro i rischi del fortuito; nulla hanno qui a vedere i disputati principi della clausola *rebus sic stantibus*: Cfr. *Trib. Messina 12 agosto 1909*, *Trib. Milano 12 marzo 1910 (Foro it. 1910, I, 454)*, con note di ARCOLEO e FAUDA.

(48) Vedi appresso, § VI.

(49) V. ad esempio, BARSANTI, in *Foro it.*, 1901, I, 739.

ditore di vedere eseguita l'obbligazione si contrapponga imponente l'interesse del debitore a non vedere pel fortuito estremamente, insopportabilmente aggravata la sua posizione.

gente, non è costituito unicamente da quanto formò oggetto della volontà dichiarata dalle parti, ma altresì da tutte quante le conseguenze che ne fa derivare la legge (art. 1124 cod. civ.). E l'*incognitum* è disciplinato dalla legge con gli art. 1225, 1226 cod. civ., i quali, regolando la responsabilità del debitore, dispongono che, o l'imprevisto è evitabile con la comune diligenza e il debitore non è liberato, o esso è inevitabile e il debitore è liberato sol quando ne derivi l'impossibilità di prestare il dovuto.

Adunque la conseguenza è chiara: o le parti hanno pensato a regolare l'imprevisto e il problema della sopravvenienza è e rimane problema di volontà, o non vi hanno pensato e allora la legge contrattuale è dettata non già dalla volontà delle parti ma dalle norme dispositive e non derogate del codice. Donde agevolmente si vede quanto sia falso ed errato affermare, in linea di principio, che ogni contratto continuativo debba esser sciolto quando sopravvengano mutamenti *praeter opinionem stipulantium*, o quando *in eum casum inciderint a quo incipere non potuerint*. Non qui, ma in altro campo, fuori della volontà (a meno che le parti non abbiano pensato esse stesse a darne la soluzione) va esaminato e risolto il problema dell'imprevisto.

È poi inutile distinguere, di fronte alla volontà delle parti e alla legge (50), tra casi *prevedibili* e *imprevedibili* (51); giacché, ai fini di ricostruire la volontà delle parti, preme solo di sapere ciò che positivamente o negativamente esse hanno in concreto preveduto o pensato; questo solo entra nel quadro psicologico della volontà, e rispetto a ciò soltanto si potrà ulteriormente ricercare se vi fu manifestazione efficace e incontro di consensi. Di fronte alla legge, poi, è solo l'inevitabilità che conta (52). Del resto, siccome si è detto, anche la materia del fortuito può esser regolata dalle parti con patti che modifichino o temperino il rigore della norma di legge; e in questo senso può dirsi che nulla vi sia d'imprevedibile contro cui la parte non possa premunirsi. È infine inesatto parlare di casi *che si dovevano prevedere* (53), giacché non esiste un obbligo di diligenza pre-contrattuale cui si possa ricondurre il concetto di un dovere di previsione o di responsabilità per mancata previsione di eventi futuri.

Circa le teoriche sopra esposte (al § IV) del COGLIOLO e dell'OSTI, che i loro autori vorrebbero applicare anche alla materia dell'imprevisto, non v'è che ripetere quanto si è già detto. Soprattutto, però, occorrerà qui osservare che sarebbe assolutamente inesatto, di fronte al sopravvenire di avvenimenti impreveduti, parlare del venir meno di condizioni o presupposti del volere cui si dovrebbe ritenere estesa la tacita volontà dei contraenti, perché avvistabili da chiunque si fosse trovato nella loro posizione sociale e nel loro ambiente economico, o perché si tratti di condizioni concrete che qualunque contraente normale, comune, medio, avrebbe ritenuto come esistenti. Questi criteri di ricostruzione del volere sembrano già pericolosi, almeno come criteri assoluti, quando si tratti di vedere se pel tramite del volere delle parti debbano penetrare nel contenuto contrattuale (e assumerebbero, come si è detto, veste di condizioni) rappresentazioni effettive delle parti; giacché anche in questi casi non basterebbe la conoscibilità e la normalità del motivo per presumere che colui cui la dichiarazione è diretta v'abbia aderito, ma occorrerebbe sempre un suo comportamento o contegno non equivoco, dal quale certa scaturisca l'esistenza della sua volontà (54). Ma sono poi criteri assolutamente inapplicabili a casi, come quelli di cui si tratta, in cui dell'avvenimento futuro le parti non abbiano avuto all'atto del contratto alcuna rappresentazione, né positiva, né negativa. In tali casi, si ripete, sarebbe assurdo parlare di accordo tacito sull'esistenza con effetto giuridico di un presupposto o motivo che non è mai esistito perché la volontà delle parti non se lo è mai neppure sotto forma negativa rappresentato.

Anche qui però, e si aveva perciò ragione di dire che per

Tizio ha promesso cosa che valeva 100; per le sopravvenute circostanze, a lui non imputabili (caso fortuito), dovrebbe ora spender 1000 per far fronte al suo impegno. Il principio di legge dice che non v'è impossibilità e che

via diversa si sarebbe giunti ad analogo risultato, resta salva l'applicazione del principio d'equità. Ed è anzi specialmente in questo campo, del sopravvenire di avvenimenti impensati, che esso troverà larga applicazione. Giacché, se raramente l'equità potrà avere occasione d'interessarsi a motivi effettivamente sentiti dalle parti ma che queste non abbiano creduto di far entrare nella volontà dichiarata, più frequente sorgerà invece il bisogno di temperare le conseguenze rigide di legge quando la sopravvenienza sorga in un campo che non fu neppure avvistato dalle parti e sia così completamente estranea al lavoro psicologico che ha formato la loro volontà. In questi casi le parti si sono affidate al precetto di legge regolante il fortuito, senza pensare che, al sopravvenire di eventi impreveduti, quel precetto avrebbe potuto trasformarsi in un'iniquità per una di esse. È giusto quindi, ed è portato dal principio della buona fede imperante nell'esecuzione di tutti i contratti, che l'iniquità venga in tali casi impedita, o coll'apportare opportuni temperamenti al vincolo, o in casi estremi col decretare lo scioglimento del vincolo stesso divenuto iniquo (55).

È in questo campo, dell'equità, che i criteri profondamente umani della prevedibilità, del contraente medio o normale o dell'istesso tipo di quello in questione (56), e così via, potranno utilmente adottarsi e condurre a feconde applicazioni.

(55) Non sempre chiaramente l'equità viene additata come unico fondamento della clausola nel nostro diritto, ma per lo più si rende confusa la materia coll'introdurvi sempre e in ogni caso delle inutili indagini sulla volontà, le quali invece, come si è visto e si vedrà ancora in seguito, sono legittime soltanto nel caso che le parti abbiano *cogitatum de jure futuro*. Così il BARSANTI, in *Foro it.*, 1901, I, 739, scrive: « Poiché *voluntas non feratur ad incognitum, nessuno può essere tenuto e obbligato all'incognito ed all'imprevedibile*: la volontà non può essersi formata e il consenso non può aver valore ed efficacia se non entro i limiti del prevedibile. All'infuori di questi, non essendosi avuta determinazione di volontà, il contratto manca del suo fondamento giuridico e deve perciò rescindersi ogni qualvolta l'elemento della corresponsività, che è caratteristica dei contratti a lungo termine, viene per qualsiasi evento ad essere turbato, e il contratto diventa per ciò iniquo, risolvendosi in uno sproporzionato accrescimento di vantaggi per l'uno dei contraenti e in aumento di oneri per l'altro; sproporzioni che le parti avrebbero eliminato e con clausola e con patti diversi ove questa al momento della stipulazione fosse stata prevedibile ». Non molto chiaro ed esplicito nell'additare il fondamento giuridico della clausola è pure il GIORGI, loc. cit. Ad una mera indagine sulla comune intenzione delle parti contraenti riducono poi il problema il DUSI, loc. cit., e il COGLIOLO, loc. cit., quest'ultimo affacciando la teorica di cui sovra si è discusso (col. 9). All'equità, invece, come si è detto (al § IV), non può a meno di venir riferito la teoria dell'OSTI, che dichiara infatti espressamente di prescindere da ogni indagine sul volere delle parti. E all'equità fanno infine espressamente richiamo, come unico principio sul quale si fondi l'applicazione della clausola nel nostro diritto, BRUGI, loc. cit., e BARASSI nelle sue *Istituzioni di dir. civ.*, p. 350. Cfr. pure VIAZZI, *L'equità nella filosofia*, ecc., Milano, 1902, p. 207 e segg. Il BARASSI, anzi, in altro scritto (*App. a Baudry-Lacantinière, Locaz.*, vol. III già citato, p. 545) addita chiaramente la duplice funzione dell'equità nella complessa materia della sopravvenienza quale sopra si è delineata, affermando che per mezzo suo, non solo possono venire inserite nel contratto clausole atte a regolare un punto del rapporto conformemente a motivi inespressi delle parti (presunzione); ma può venir adattata alle circostanze del caso concreto l'applicazione di una norma dispositiva che la legge abbia emanato in via generale (clausola *r. s. s.* propriamente detta).

Nella giurisprudenza fu fatta qualche applicazione della clausola: e, per quanto non sempre con grande chiarezza di principi, la base giuridica comunemente adottata fu per l'appunto l'equità sull'appoggio dell'art. 1124 cod. civ. Cfr. spec. Cass. Torino 16 agosto 1900 (*Foro it.*, 1901, I, 736); App. Firenze 3 marzo 1914 (*Riv. dir. comm.*, 1914, II, 148; e *Foro it.*, Rep. 1914, voce *Obbligazione*, n. 83); e meno recentemente Cass. Torino 19 novembre 1898 (*Giurispr. it.*, 1899, I, 1, 22, e *Foro it.*, Rep. 1898, voce *Teatro*, n. 1, 2); App. Venezia 10 aprile 1895 (*Giurispr. it.*, 1895, I, 2, 305, e *Foro it.*, Rep. 1895, voce *Contratto*, n. 45); App. Parma 8 maggio 1885 (*Giur. Tor.*, 1885, 577, e *Foro it.*, Rep. 1885, voce *Teatro*, n. 36); Cass. Torino 5 dicembre 1882 (*Filangieri*, 1884, 385), ecc.

(56) Sono, come si vede, i criteri del BARSANTI, del COGLIOLO, dell'OSTI di cui si è fatto sovra parola. Gli autori parlano poi, e giustamente, della necessità che sia mutata, turbata la *corresponsività delle prestazioni*. Ma con ciò non s'aggiunge nulla alla soluzione del problema, né si arriva ad obiettivarvi i criteri d'applicazione della clausola; giacché, se si vuol intendere che la clausola entri in funzione sempreché le mutate contingenze di fatto alterino la corresponsività, producano uno squilibrio fra le controprestazioni (GIORGI, loc. cit.), si dice indubbiamente cosa inesatta; e se si parla di mutamento del *ragionevole rapporto* fra prestazione e controprestazione (BRUGI, loc. cit.), o di alterazioni tali nel rapporto da rendere *vessatorio* e *iniquo* il

(50) Diverso sarà per l'equità, come si vedrà in seguito.

(51) V. pure BARSANTI, loc. cit.

(52) V. sopra (al § I) POLACCO, *Obbligaz.*, p. 332.

(53) Questo concetto è posto dal DUSI, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, 143. Vi aderisce il MANARA, pure in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, 46.

(54) Vedi sopra, al § IV.

l'obbligazione va adempiuta. L'equità, però, il senso pratico di giustizia, afferma che in tal caso v'è *impossibilità relativa* a prestare, perchè a tanto deve equipararsi l'estrema onerosità, l'enorme difficoltà sopravveniente della presta-

VI. — Ma non bisogna esagerare e considerare questi criteri come decisivi. L'equità non si presta ad essere schematizzata in una formula. Essa è la giustizia del dato caso (57), e presuppone perciò l'apprezzamento, per parte del giudice, di tutte le circostanze di fatto che hanno influito sulla formazione del vincolo giuridico fra le parti in relazione alle circostanze di fatto nelle quali dovrebbe svolgersi l'esecuzione. E riposa piuttosto su un sentimento che su aprioristiche costruzioni ideologiche. Ciò che è iniquo si sente.

Il che non toglie che l'apprezzamento equitativo, per essere legittimo, debba apparire come la conseguenza necessaria, pel comune senso giuridico di cui è interprete il giudice, del modo particolare di presentarsi del rapporto di fatto cui va ad applicarsi, esaminato nella sua costituzione completa; debba cioè presentarsi come un giudizio logico, avente un fondamento oggettivo (58), riconoscibile e controllabile nella motivazione del giudice (59). Ed è ciò che lo caratterizza e contraddistingue dall'arbitrio; è ciò che dell'equità, prudentemente applicata, fa una delle più vive fonti del diritto, intesa a piegare la norma rigida della legge alle palesi maggiori esigenze di giustizia del singolo caso.

Del resto, anche l'equità contrattuale ha le sue norme che ne regolano l'applicazione, e che derivano dalla natura delle sue funzioni e dai limiti che le son posti specialmente dalla volontà delle parti. E qui potrebbe davvero molto utilmente applicarsi l'ingegno degli studiosi; giacché sarebbe sommamente utile che, anziché affaticarsi a ricercare una formula atta ad esprimere, sia pure per una singola materia (quale è quella della sopravvenienza), tutto il contenuto varissimo dell'equità (il che è impossibile), cercasse invece la dottrina di fissare nelle sue linee generali, sotto forma di regole e principi, il modo e i limiti del suo funzionamento.

Si otterrebbe così il benefico risultato di porre argine ai temuti abusi dell'equità, pur lasciandole tutta la caratteristica duttilità di adattamento. Per ora si potrà accennare a qualcuno di questi principi facilmente avvistabile, anche ad un superficiale e fugace esame della complessa materia.

1° L'equità non può mai andare contro la volontà dichiarata delle parti (60). È questa una piana conseguenza del principio che la volontà delle parti è sovrana nel contratto, si che prevale anche alla legge in quanto abbia essa stessa, con norme dispositive, regolato il rapporto. Non v'ha alcuno infatti che meglio delle parti possa apprezzare quale sia il modo più acconcio per regolare e tutelare il proprio interesse. L'equità adunque concorre a integrare il contenuto del contratto sotto forma di temperamenti alla rigidità della legge, ma sempre subsidiariamente alla volontà delle parti (61). Sarà quindi primo

contratto (BARSANTI, loc. cit.), non si fa che un richiamo generale all'equità senza aggiungere specificazioni di concetto.

Un criterio veramente obiettivo additato dalla Scuola per definire i limiti della clausola *rebus sic stantibus* è quello del N. COVIELLO, *Dell'equità nei contratti* (in *Studi napoletani*, 1895, p. 15 e segg.), il quale accenna alla possibilità di introdurre nel trattamento delle conseguenze dei contratti il concetto della *laesio enormis superveniens*, ad analogia di quanto già dispone la legge positiva per qualche caso (art. 1038, 1529 cod. civ.). Ma come concetto a sé potrà parlarsene (e così fa lo stesso COVIELLO) in relazione al *ius condendum*. Come criterio d'equità, poi, riferendosi esso al valore di scambio delle prestazioni, non servirebbe ad attuare il concetto dell'*aequitas* di cui all'art. 1124 cod. civ., che è concetto di proporzione relativa, non assoluta, pel quale adunque si deve aver riguardo al valore corrispettivo, al rapporto fra le prestazioni quale inteso dalle parti, e vedere se per le mutate contingenze di fatto non debba dirsi divenuto iniquo in concreto quel rapporto. La corrispettività delle prestazioni, cioè, va intesa non nel senso di uguaglianza, di equivalenza, di proporzionalità obbiettiva fra le prestazioni, ma nel senso relativo voluto dalle parti, valutando le prestazioni « secondo quella somma di utilità, di vantaggi obbiettivi e subbiettivi, morali ed economici » (BARSANTI) che vi videro le parti. E a tanto non s'attaglia il concetto del COVIELLO.

(57) FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, 5ª ediz., § 28, p. 92. Come dice il PUCHTA (*ivi*, nota 2) « l'equità consiste nell'aver riguardo alla individualità delle persone o nei rapporti ».

(58) Cfr. N. COVIELLO, *Manuale*, p. 11.

(59) Come esempio perspicuo di motivazione equitativa vedasi la sentenza arbitrale (est. BONFANTE) pubblicata nel *Monit. trib.*, 1916, p. 56.

(60) Conforme Cass. Roma 27 aprile 1907 (*Foro it.*, Rep. 1907, voce *Contratto*, n. 61); App. Venezia 21 gennaio 1914 (*id.*, Rep. 1914, voce cit., n. 41).

(61) Nell'ambito della volontà delle parti, come s'è già detto sopra e

zione, a superare la quale si richiederebbe uno sforzo eccezionale, rovinoso per debitore.

Cercò la dottrina di fuggiare ingegnosi concetti per tentar di giustificare, in tali estreme fattispecie, la disap-

compito del giudice d'indagare se e in qual modo le parti abbiano, direttamente o indirettamente (vedi sopra al § V e nota 47) regolato la materia delle sopravvenienze imprevisite.

2° L'equità, nelle sue determinazioni, deve staccarsi meno che sia possibile dal quadro contrattuale fissato dalla volontà delle parti. Anche questa è una conseguenza del suesposto principio. In questo senso può dirsi che la norma d'equità contrattuale applicata dal giudice deve esser fondata sulla presunta intenzione delle parti.

3° Come corollario di tal principio, e così sempre per rispetto dovuto alla volontà delle parti, si può quindi affermare che alla risoluzione del vincolo l'equità non deve pervenire che in casi estremi, quando non sia dato assolutamente di attuare con opportuni temperamenti le finalità del contratto (62).

4° L'equità deve allontanarsi meno che sia possibile dalla norma. È questa una conseguenza del principio che l'equità rappresenta un semplice temperamento della legge. Deve perciò trattarsi di lieve deviazione consigliata dal caso. Mai il principio di legge potrebbe esser sovvertito e sconvolto. In questo senso è esatto dire che l'equità deve operare *secundum legem*, non *contra legem*. (63)

5° L'elemento aleatorio dalle parti introdotto nel contratto limita corrispondentemente l'applicabilità dei principi equitativi. Questo principio potrebbe ritenersi compreso nella formulazione del principio generale (sopra 1°) che l'equità non può mai andare contro la volontà delle parti. Se ne è fatta tuttavia espressa menzione per la sua grande importanza pratica in tema di clausola *rebus sic stantibus*. Ed è ovvio considerare, in proposito, che il carattere di speculazione aleatoria del contratto toglie proporzionalmente ad esso l'aspetto d'iniquità al risultamento dannoso, ma lo fa apparire normale e conforme al modo soggettivo d'intendere la corrispettività delle prestazioni nel contratto; giacché ben può dirsi che, per tali contratti, l'eventuale risultamento iniquo (se non i fatti che vi danno origine) fu previsto dalle parti e contribuì a formarne la causa come elemento di valutazione della controprestazione. (64)

6° All'equità deve ricorrersi con estrema prudenza, sol quando l'applicazione rigida della legge appaia *evidentemente* iniqua. Nel dubbio è la legge, non l'equità che prevale.

E così via.

VII. — Concludendo, e riassumendo, può dunque affermarsi con sicurezza che il tramite attraverso il quale i concetti rianodantisi alle teoriche della presupposizione e della clausola *rebus sic stantibus* possono trovare in materia contrattuale applicazione originale, che non ricada cioè in concetti giuridici già noti, è soltanto quello dell'equità; e che, per quanto più strettamente riflette il tema del presente studio, l'equità, se non

nota 33, si possono correttamente comprendere gli usi che si dicono appunto convenzionali o interpretativi.

(62) È il legislatore stesso che ne dà l'esempio: art. 1474, 1494, 1578, 1581 cod. civ. 66 cod. comm., ecc. Cfr. App. Firenze citata sentenza 3 marzo 1914 (sopra, nota 55). Non sarebbe tuttavia mai consentita una modificazione tale che snaturasse completamente il contratto (vedi la sentenza della Corte d'appello di Genova 30 dicembre 1912 citata a nota 23).

(63) Cfr. BARASSI, *Ist. dir. civ.*, p. 20.

(64) Sulla base di tale principio fu esclusa l'applicabilità della clausola *rebus sic stantibus* per aggravamento di prezzi nelle vendite commerciali a termine o a consegna ripartite su un lungo periodo: App. Bologna 24 gennaio 1913 (*Foro it.*, 1913, I, 644); App. Genova 27 gennaio 1916 (*Tem. gen.*, 1916, p. 170). Cfr. pure la citata sentenza (nota 62) della Corte d'appello di Firenze 3 marzo 1914, est. ALIPPI, nella quale si cita un'altra sentenza della stessa Corte e dello stesso estensore in causa Carniani c. Miniere liguri riunite, del maggio 1913, che aveva negato l'applicazione della clausola appunto « perchè l'elemento aleatorio era insito nel contratto ». Vedi, però, circa i limiti dell'alea nelle vendite a consegna differite o ripartite, App. Parma 12 agosto 1915 (*Riv. dir. comm.*, 1916, 46). Altro caso in cui, per altro tipo di contratto, fu giudicato che all'applicazione della clausola ostava il carattere aleatorio dello stesso vedi in sentenza del Tribunale di Milano 13 gennaio 1916 (*Monit. trib.*, 1916, p. 255). Certo è che per stabilire i limiti dell'alea nei singoli contratti (problema d'interpretazione della volontà) occorrono indagini talora delicatissime di specie, per le quali, all'infuori delle solite norme d'ermeneutica contrattuali (art. 1131 e seg. cod. civ.), non pare prudente scendere a specificazioni concrete di principi (Cfr. in argomento il citato studio dell'OSTI, *L'art. 61 cod. comm.*, ecc., in *Riv. dir. comm.*, 1916 I, p. 366, 387.

plicazione del principio rigido di legge, o 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'eseguità dei suoi

legittima l'introduzione di un temperamento generale nel concetto d'impossibilità assoluta della prestazione adottato dal legislatore coll'art. 1226 cod. civ., consente però, caso per caso, a seconda delle concrete peculiarità delle singole fattispecie, d'introdurre in quel concetto dei temperamenti, e di arrivare anche a pronunciare la liberazione del debitore, quando la prestazione, quantunque ancora possibile, appaia, per cause sopravvenute indipendentemente da colpa del debitore (caso fortuito), divenuta estremamente onerosa.

VIII. — Quando il legislatore, scoppiata la nostra guerra, si trovò di fronte ad un imponente numero di contratti in corso d'esecuzione, la cui economia dalla dichiarazione di guerra sarebbe stata gravemente sconvolta, vide egli stesso l'opportunità d'introdurre nel principio generale della forza maggiore quel temperamento equitativo che già la giurisprudenza aveva qua e là adottato e che la scuola si era sforzata di legittimare con ingegnose dottrine. (65)

La guerra aveva moltiplicato i casi in cui il pretendere che il debitore prestasse ad ogni costo l'oggetto dell'obbligazione, a meno che ciò non gli fosse divenuto assolutamente impossibile, poteva apparire iniquo per le enormi difficoltà che le nuove circostanze avessero iraposto all'attuazione del suo compito. L'abbandonare questi casi all'elaborazione dottrinale del concetto di forza maggiore o alle indagini di fattispecie della disputatissima clausola *rebus sic stantibus* (66) sarebbe parso pericoloso e improvvisto. Il legislatore volle perciò codificare egli stesso quel principio generale d'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. 1126 cod. civ.), e statui espressamente che il debitore dovesse ritenersi liberato da responsabilità qualora, per le circostanze create dalla guerra nazionale, la prestazione fosse divenuta eccessivamente onerosa (art. 1 decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, n. 739).

Questa la genesi evidente del decreto (67). La quale dimostra che al concetto di impossibilità relativa attribuitivo prima, sulla base del comune senso d'equità, la dottrina e la giurisprudenza che tale concetto avevano accolto per ritenere liberato in caso di difficoltà eccezionale della prestazione il debitore; giacché non v'ha motivo per ritenere che il legislatore abbia voluto dare al suo temperamento del principio generale di diritto un contenuto diverso e maggiore di quanto reclamava in nome dell'equità la coscienza giuridica comune.

Ora, che cosa dicevano i sostenitori del principio d'equità nell'interpretare e definire il concetto di impossibilità relativa? Che vi ha impotenza scusabile quando all'esecuzione della prestazione si frapponga un ostacolo a vincere il quale si esigerebbe uno sforzo eccezionale di diligenza (68), e che porterebbe alla rovina economica del debitore (69); che a liberare il debitore deve bastare l'impossibilità relativa e cioè che l'esecuzione del contratto sia rovinosamente onerosa. (70)

In questi sensi, adunque, e non altrimenti va interpretata

(65) Vedi retro al § II e nota 22.

(66) È errata l'opinione di coloro che nel decreto luogotenenziale 27 maggio 1915 vedono un riconoscimento della clausola *r. s. s.* La clausola, trovando appoggio nel nostro diritto sui principi d'equità applicati caso per caso, non si presta ad esser codificata; e qui non era necessario il richiamo all'equità essendovi già in materia contrattuale il generico disposto dell'art. 1124 cod. civ. (cfr. invece il regio decreto 12 ottobre 1913, n. 1261, approvante il testo unico delle leggi emanate in conseguenza del terremoto di Messina, negli art. 449, 483, 469, 487, ecc.). Ma quell'opinione si manifesta errata anche ritenendo, come alcuni fanno (DUSTI, COGLIOLO, ecc.; vedi sopra nota 55) che la clausola trovi il suo fondamento nella volontà delle parti; giacché non è neppure pensabile che il legislatore abbia voluto imporre un'interpretazione autentica della volontà delle parti con disposizione (notisi) avente per sua natura effetto retroattivo. Conf. SEGRE, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 892.

(67) Conf. BALOTTI, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 583; App. Genova 27 gennaio 1916, (*Temi gen.*, 1916, p. 170.)

(68) Cass. Firenze 3 dicembre 1914 (*Foro it.*, 1915, I, 278).

(69) App. Bologna 21 gennaio 1913 (*Foro it.*, 1913, I, 644).

(70) Cass. Torino 23 febbraio 1914 (*Giur. Tor.*, 1914, 471, e *Foro it.*, Rep. 1914, voce *Vendita*, n. 114). Vedi su ciò meglio la prima parte del nostro studio, segnata al § II.

obblighi; e la giurisprudenza si lasciò portare qualche volta dall'eloquenza dei casi pratici occorsile, specialmente dopo lo scoppiare della conflagrazione europea, a riconoscere la necessità di temperare il rigore di quel prin-

la dizione « prestazione eccessivamente onerosa » adottata dal legislatore. Onde bene giudicarono e la Corte d'appello di Milano (71), la quale disse che lo spirito informatore del decreto fu non già di favorire le speculazioni commerciali, ma di « tutelare la posizione dei commercianti che poteva incontrare il pericolo di tracolli finanziari e di rovine a causa della guerra », e la Corte d'appello di Genova (72), la quale affermò che la forza maggiore regolata col decreto si ha quando la prestazione sia divenuta così eccessivamente gravosa da equipararsi quasi all'impossibilità assoluta, che tocchi per così dire il diritto di vivere inalienabile in ogni soggetto di diritto; « altrimenti » soggiunge a ragione la Corte — la pretesa forza maggiore subiettiva si convertirebbe nel diritto d'eseguire i contratti fino a che sono lucrosi, e disdirli quante volte possano riuscire in perdita ».

La ragione storica della legge ne mette quindi in chiara luce lo spirito: evitare che la guerra si trasformasse in una iniquità per i debitori, evitare che per essa si producessero rovine economiche di singole aziende. E dimostra all'evidenza il significato restrittivo da attribuirsi alla locuzione « prestazione divenuta eccessivamente onerosa », la quale quindi va interpretata nel senso di estrema, rovinosa, eccezionale onerosità.

E altre ragioni, di stretta ermeneutica legale, concorrono a dimostrare l'esattezza di una tale interpretazione (73):

1° Trattasi di disposizione eccezionale, di diritto singolare: onde appare anche maggiormente consigliabile, per evitare l'iniquità di un raffronto con gli altri casi in cui ricorra l'*eadem ratio*, ma cui la disposizione non sarebbe estensibile (art. 4 disp. prelim. cod. civ.), di mantenere l'applicazione in quegli stretti limiti che le vengono assegnati dall'interpretazione logica, anche se a una più lata interpretazione potessero portare le parole di non certo e definito significato usato nel decreto.

2° Trattasi di disposizione dettata dall'equità, come temperamento a un principio generale, per la migliore tutela di utilità peculiari. È normale che tale temperamento equitativo devii il meno che sia possibile dal principio generale cui forma eccezione. (74).

Non è infine fuori di luogo, come richiamo di diritto comparato, ricordare l'esempio della Francia, attanagliata essa pure da una guerra terribile e con molte delle sue regioni occupate dal nemico, e che pure non ha introdotto alcuna disposizione d'eccezione a mitigare il concetto tradizionale della forza maggiore: sicché i suoi magistrati continuano tranquillamente a sentenziare che « le cas de force majeure entraînant résiliation du contract sans dommages intérêts ne peut se rencontrer que dans les événements qui rendent l'obligation impossible et non pas seulement plus lourde ou plus onéreuse; les difficultés apportées par l'état de guerre dans la fabrication d'une marchandise vendue ne peuvent pas dégrader le vendeur du marché qu'il a consenti; un industriel ne peut invoquer la force majeure de la guerre pour refuser de prendre livraison des marchandises, si son établissement n'est pas situé dans le territoire envahi ou dans le voisinage des combattants, alors même que la plus grande partie des marchandises était destinée à un commercant d'un pays ennemi qui en refusait livraison, s'il était possible de trouver d'autres acheteurs » (75).

Deviazione da principi, quindi, eccezionale in ogni senso e sotto tutti i riguardi, quella dell'art. 1 del decreto luogote-

(71) Sent. 3 febbraio 1916 (*Temi lomb.*, 1916, 81).

(72) Sent. 27 gennaio 1916 (*Temi gen.*, 1916, 170).

(73) Questi argomenti non valgono naturalmente per coloro i quali nell'art. 1 del decreto luogotenenziale 27 maggio 1915 non vedono che la sanzione (interpretazione autentica) di un principio di diritto già prima esistente. Cfr. App. Parma 12 agosto 1915 (*Riv. dir. comm.*, 1915, II, 46); Trib. Milano 16 dicembre 1915 (*Temi lomb.*, 1915, 646); App. Milano 20 dicembre 1915 e 1 febbraio 1916 (*Temi lomb.*, 1916, 125, e *Mon. trib.*, 1916, 149); App. Genova 5 febbraio 1916 (*Temi gen.*, 1916, 206). È però interessante notare come anche costoro, perché vi sia forza maggiore, richiedano una prestazione divenuta estremamente gravosa (App. Parma), difficoltà di gravità eccezionale (App. Genova).

(74) Vedi sopra, al § VI, le regole dell'equità contrattuale (regola 4).

(75) Trib. della Senna 20 gennaio, 9 marzo 15, giugno 1915; Trib. di Caen 24 febbraio 1915 ecc., in DALLOZ, 1915 (6 parte, 3) e 1916 (2, 22). Questa giurisprudenza si riallaccia strettamente a quella della guerra franco-prussiana del 1870. Vedi i casi citati dal FERRARA, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 35.

cipio, adottando il concetto d'impossibilità relativa quando l'esecuzione del contratto apparisse, per le nuove circostanze, divenuta *rovinosamente onerosa* pel debitore, (App. Bologna, 21 gennaio 1913, *Fore it.*, 1913, I, 644; Cass. di Torino 28 febbraio 1914, *id.*, Rep. 1914, voce *Vendita*, n. 114).

Tutte 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 imprevisto 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, o al modernissimo istituto di marca germanica della *presupposizione*.

nenziale 27 maggio 1915, e che va applicata perciò con ogni prudenza e solo a casi di eccezionale gravità.

La disposizione del decreto in esame portò un'attenuazione nel concetto d'impossibilità sopravveniente dalla prestazione; ma mantenne tale concetto nel suo *significato obiettivo*, senza sostituirlo con quello del *grado di diligenza* da prestarsi dal debitore, variabile secondo la natura dell'obbligazione e secondo le condizioni personali del debitore. Non introdusse cioè nel nostro diritto, sia pure sotto forma di disposizione singolare, il concetto di un graduabile dovere di sforzo, ma solo attenuò la portata di questo dovere facendolo *confinare*, non più coll'impossibilità assoluta, ma coll'estrema difficoltà della prestazione.

È quindi errato, o quanto meno si presta all'equivoco, affermare che il nuovo decreto abbia accolto il concetto d'impossibilità soggettiva (76); bensì esso accolse un concetto più equo, più umano, d'impossibilità, il concetto di *impossibilità relativa*, che si ha sempreché la prestazione, presa a sé oggettivamente e indipendentemente dalle peculiari condizioni del debitore, sia divenuta per effetto del fortuito estremamente onerosa.

Conseguenza di ciò è che, nell'apprezzare l'impossibilità relativa, non si debba tener conto delle condizioni economiche del debitore, del numero e dell'importanza dei suoi impegni, e in genere di quanto può configurare un'assenza di colpa nel debitore (77); ma unicamente si debba badare al *costo attuale* della prestazione in relazione al suo *rendimento* e cioè all'entità della controprestazione; termine di confronto, codesto, necessario per stabilire l'entità economica della prestazione e conseguentemente la sua onerosità. Tizio promette una cosa per corrispettivo di 100: finché il costo di quella cosa non superi tale corrispettivo, non si potrà neppure parlare di onerosità della prestazione, locuzione che implica il concetto di un *danno emergente*, di una prestazione in perdita; a maggior ragione non si potrà parlare di eccessiva onerosità. (78)

Neppure si potrebbe, nei contratti continuativi, estendere l'indagine ai *guadagni realizzati in passato* sul contratto dal debitore per compensarli colle perdite che gli cagiona lo stato di guerra, e negare che in tal caso esista l'eccessiva onerosità. Giacché la lettera del decreto, che accenna al *divenire* della prestazione, contrasta con tale interpretazione. Ma vi contrasta soprattutto il fatto che l'eccessiva onerosità della prestazione

Nel maggio 1915 l'Italia fu essa pure coinvolta nell'immane conflitto. E il legislatore si trovò così di fronte a un imponente numero di contratti in corso d'esecuzione, la cui economia veniva gravemente sconvolta dalla dichiarazione di guerra. Far ricorso alla clausola dell'antico diritto italico e codificarla, sia pure sotto forma di disposizione singolare, sarebbe parso un errore, perché non è con disposizioni legislative, per loro natura retroattive, che va interpretata la volontà delle parti. D'altronde, il moltiplicarsi dei casi, in cui il pretendere che il debitore prestasse ad ogni costo l'oggetto della sua obbligazione poteva apparire iniquo, rendeva pericoloso e improvido di abbandonare tali casi all'elaborazione dottrinale del concetto di forza maggiore o alle indagini di fattispecie sulla base della disputatissima clausola *rebus sic stantibus*. Il legislatore volle perciò codificare egli stesso quel

è, nel decreto, equiparata all'impossibilità, a tutti gli effetti dell'art. 1226 cod. civ. (79); sicché, come l'impossibilità della prestazione porta all'estinzione dell'obbligazione, sempre e in ogni caso, altrettanto deve dirsi per l'eccessiva onerosità di cui parla il decreto.

Non si può prescindere invece, nell'indagine sugli effetti dell'onerosità della prestazione, da quella che è la *volontà dichiarata* delle parti contraenti. L'apprezzamento della volontà delle parti ha infatti in tutta la materia contrattuale importanza decisiva. E la natura del vincolo, determinata dalla volontà dei contraenti, può influire sulla maggiore o minore estensione d'applicazione del concetto d'*impossibilità relativa*, nel senso che può darsi che l'alea accettata dal debitore la copra in tutto o in parte e la faccia rientrare nell'orbita convenzionale della prestazione. In tal caso, non è che rimanga spostato il concetto d'impossibilità relativa, che è un concetto obiettivo dato dal confronto fra costo e rendimento della prestazione (80), ma si ha invece l'assunzione volontaria, più o meno lata, per parte del debitore delle conseguenze del caso diverse dall'impossibilità della prestazione.

Nulla ha poi innovato il decreto circa l'applicazione dell'art. 61 cod. di commercio. Convieni però richiamare l'interpretazione corrente che allo stesso viene data (81), nel senso che non debbano pesare sul debitore le conseguenze del fortuito che siano generali a tutti i fornitori dello stesso genere; perché tale interpretazione costituisce il presupposto logico necessario per l'applicazione del decreto alle vendite di generi commerciali.

Va infine osservato che, indipendentemente e oltre la mitigazione introdotta dal decreto nel concetto d'impossibilità della prestazione sopravveniente per fortuito, resta salva l'applicabilità dei principi della clausola *rebus sic stantibus* (82) quali sopra si son posti, quando il caso concreto presentasse peculiarità tali da far ritenere insufficiente al caso singolo quella mitigazione. E sotto questo profilo, com'è nel compito dell'equità di cui la clausola è un'applicazione, il giudice dovrà tener conto di tutte le circostanze di fatto interessanti il rapporto, e così delle condizioni personali dei contraenti, del loro stato economico, del numero dei loro impegni, dei fini che si ripromettevano e dei danni che loro deriverebbero dalla dissoluzione del vincolo, dei passati guadagni realizzati col contratto, che eventualmente compensino le perdite presenti (83), e così via.

Dott. Filippo Pestalozza.

(76) App. Genova, cit. sent. 27 gennaio 1916.

(77) Conformi, *Serè* in *Riv. dir. comm.*, 1915, p. 895, e Avv. C. BOLLERO in nota alla citata sentenza dell'App. Genova 27 gennaio 1916 (*Temì genovese*, 1916, 170).

(78) Il *Serè*, loc. cit., eccedendo nell'obiettivazione del concetto d'onerosità della prestazione, vorrebbe che il confronto si facesse fra *costo precedente e costo attuale* della prestazione; col che si arriverebbe all'inconveniente di lasciar aperto l'adito a far valere l'eccessiva onerosità della prestazione anche quando, in forza dell'atto corrispettivo, vi fosse ancora un margine di guadagno o fosse lievissima la perdita, e di tener conto così non solo del *danno emergente* ma anche del *lucro cessante*, contro allo spirito (oltre che alla lettera) che anima il decreto. Col criterio additato da noi, poi, si rende possibile l'applicazione del decreto anche quando la prestazione sia divenuta onerosa, non per aumento del suo costo, ma per totale estinzione o notevole diminuzione del rendimento della controprestazione; e ciò coerentemente al concetto più volte espresso nel corso di questo lavoro (vedi sopra al § III e nota 56) che la prestazione va apprezzata secondo il suo *valore corrispettivo*, non pel suo semplice valore di scambio. Cfr. Trib. Milano 6 marzo 1916 (*Temì lomb.*, 1916, 287).

(79) Fra questi effetti vi ha indubbiamente, quando l'impossibilità sia permanente o il termine sia essenziale per la natura del negozio, quella della liberazione del debitore, essendo pacifico che l'*impossibilità causale* sia un modo generale di estinzione delle obbligazioni, per quanto il nostro codice lo consideri solo nelle obbligazioni di dare aventi per oggetto un corpo certo e determinato. (Vedi la prima parte del nostro studio. Cfr. COVIELLO, *Caso fortuito*, p. 85 e segg.) È sottinteso che il creditore avrà diritto a sua volta alla risoluzione del vincolo, non occorrendo per ciò che l'inadempimento sia colposo (art. 1165 cod. civ.), e avrà così diritto a esser liberato dalla controprestazione, a meno che, per trattarsi di obbligazioni aventi per oggetto una specie determinata, o per essere già avvenuta la specificazione della merce venduta (art. 1156 cod. civ.), non sia tenuto a sopportare egli l'*interitum rei*.

(80) Come non sposta il concetto di caso, di evento non colposo, il fatto dell'assunzione del caso fortuito per parte del debitore. Cfr., per contratti *aleatori*, quanto si è detto al § VI.

(81) Vedi sopra al § I, in fine.

(82) Vedi sopra a nota 66.

(83) Cfr. art. 1617 cod. civile.

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 statui 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 di impossibilità relativa attribuiva già prima, sulla base del comune senso d'equità, la dottrina e la giurisprudenza, che tale concetto aveva accolto per ritenere liberato in casi di difficoltà eccezionale della prestazione il debitore. Giacché non v'ha motivo per 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 comune.

Questi brevi richiami agli antecedenti dottrinali e giurisprudenziali del decreto ne mettono quindi in chiara luce lo spirito: evitare che la guerra si trasformasse in una iniquità per i debitori, evitare che per essa si producessero rovine economiche di singole aziende. E dimostra all'evidenza il significato restrittivo da attribuirsi alla locuzione « prestazione divenuta *eccessivamente* onerosa », la quale quindi va interpretata nel senso di estrema, rovinosa, eccezionale onerosità.

E altre ragioni, di stretta ermeneutica legale, concorrono a dimostrare l'esattezza di una tale interpretazione:

1° Trattasi di disposizione eccezionale, di diritto singolare; onde appare anche maggiormente consigliabile, per evitare l'iniquità di un raffronto cogli altri casi in cui ricorra l'*eadem ratio*, ma cui la disposizione non sarebbe estensibile (art. 4 disp. prelim. cod. civ.), di mantenerne l'applicazione in quegli stretti limiti 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.

2° Trattasi di disposizione dettata dall'equità, come temperamento a un principio generale, per la migliore tutela di utilità peculiari. È normale che tale temperamento equitativo devii il meno che sia possibile dal principio generale cui forma eccezione.

Non è infine fuor di posto il richiamo di diritto comparato fatto dal patrocinio della Società commerciale, il quale ha ricordato che la Francia, attanagliata essa pure da una guerra terribile e con molte delle sue regioni occupate dal nemico, non ha introdotto alcuna disposizione di eccezione a mitigare il concetto tradizionale della forza maggiore; sicché i suoi magistrati continuano tranquillamente a sentenziare che « le cas de force majeure entraînant résiliation du contract sans dommages intérêts ne peut se rencontrer que dans les événements qui rendent l'obligation impossible et non pas seulement plus lourde ou plus onéreuse » (DALLOZ, 1916, 2, 22).

Deviazione da principi, quindi, eccezionale in ogni senso e per tutti i rapporti, quella dell'art. 1 del decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, e che va applicata perciò con ogni prudenza e solo a casi di eccezionale gravità.

Che tale non sia il caso in esame, dopo quanto si è detto, è inutile dimostrare. E invero, pur prescindendo dalle condizioni economiche della venditrice (giacché la formula obbiettiva adottata dal decreto non consente il richiamo alle condizioni soggettive del debitore), e pur

tenendo conto soltanto, nel valutare l'onerosità della prestazione, della parte che ancor rimane ad eseguire e non della parte già eseguita nei precedenti anni più favorevoli alla Montecatini (poiché in tal senso par più corretto interpretare il decreto), è certo che l'aumento del costo della prestazione in misura tale da superare di un sol terzo il suo rendimento, e cioè l'ammontare della controprestazione, non rappresenta quell'estrema, gravissima difficoltà, che solo potrebbe autorizzare l'applicazione dell'eccezionale principio posto col decreto.

La Montecatini, però, non si limita a far richiamo alla nuda formula dell'art. 1 del decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, ma soprattutto si riporta ai principi dei presupposti contrattuali e della clausola *rebus sic stantibus*, sui quali infatti in ispecial modo ampiamente e dottamente dissertano i suoi patroni. E per quanto errato sia il profilo sotto il quale si vorrebbe presentarli al Tribunale, in via d'interpretazione cioè del menzionato decreto, è necessario, anche al lume di quei principi, esaminare la questione, sempreché, se non per questo per altro tramite lor si possa in qualche modo dar ricetta nella legislazione italiana.

Senza qui riandare la clausola attraverso l'elaborazione pratica e per lo più caotica del diritto comune, o ai vari mezzi escogitati dalla scienza giuridica moderna per ridurla a sistema e introdurla come figura generale nell'ordinamento del negozio giuridico (il che sarebbe estraneo ai limiti di una trattazione giurisprudenziale), basterà al Collegio di affermare che il tramite attraverso al quale i concetti riannodantisi alle teoriche sulla clausola possono trovare in materia contrattuale applicazione originale, che non ricada cioè in concetti giuridici già noti, è soltanto quello dell'equità.

E anzitutto occorre fare una distinzione che al Collegio sembra fondamentale nella trattazione del complesso argomento della sopravvenienza:

1. — L'avvenimento nuovo, che col suo sopravvenire viene a sconvolgere l'economia del contratto, era stato avvistato, si era rappresentato alla mente dell'obbligato quand'ebbe a dichiarare la sua volontà.

In questa ipotesi la teoria, che si suol chiamare della *presupposizione*, si presenta relativamente semplice.

Quelle circostanze o stati di fatto, positivi o negativi, presenti o futuri; che il dichiarante si è prospettato nel contrattare, costituiscono i *motivi* determinanti della sua volontà, e la regola è che l'ordine giuridico non protegge i motivi, che i motivi sono irrilevanti.

Essi però possono entrare a far parte del contenuto contrattuale, o per via della comune volontà dei contraenti, o per via della legge. In entrambi i casi, però, è inutile parlare di *presupposizione*, e sarebbe anzi pericoloso servirsi di questo termine nuovo, che potrebbe far supporre trattarsi di concetti nuovi. Si è qui infatti nel campo, ben noto, delle condizioni espresse o tacite (*accidentalità negotii*) e delle conseguenze legali (*naturalia negotii*) del contratto.

Ma i contratti, che nel diritto moderno sono tutti di buona fede, obbligano altresì per tutte le conseguenze volute dall'equità (art. 1124 cod. civ.). Non vi è quindi nulla di strano nel pensare che, anche per mezzo dell'equità, possa un motivo, sia pur lontano, del dichiarante trovare tutela e penetrare nello schema del contratto. In tal caso, trattandosi di concetto nuovo, può tornare utile e conveniente l'adozione del termine nuovo di *presupposizione*.

2. — Ma se si tratta di avvenimenti che alle parti non si sono affatto rappresentati nè sotto forma positiva nè sotto forma negativa, di avvenimenti cui le parti non hanno in alcun modo pensato, come si comporterà il diritto di fronte al loro sopravvenire?

È questo appunto il caso che si dà nella specie. I contraenti, quando addivennero alla convenzione 16 maggio 1908, non pensarono neppure (si può darlo per certo) che dopo qualche anno, nel corso d'esecuzione del loro contratto, sarebbe sorta un'immane conflagrazione, che avrebbe trascinato poco per volta tutti i principali Stati d'Europa e che avrebbe sconvolto tutte le previsioni economiche che si riallacciavano allo stipulato contratto. Quale influenza eserciterà sul contenuto contrattuale il sopravvenire del fatto impensato, assolutamente impreveduto?

Di fronte all'impensato non si può parlare di presupposizione (in senso soggettivo, come autolimitazione della volontà) perchè nulla le parti han supposto circa ad esso, nè in modo negativo nè in modo positivo. Le parti non vi hanno neppure pensato.

Non si può quindi parlare neppure di volontà. Le parti nulla han potuto voler statuire circa le conseguenze di quell'avvenimento, perchè non vi hanno affatto pensato, e la volontà trova i suoi motivi e i limiti delle sue determinazioni in ciò che formò oggetto del pensiero. Dove non v'è pensiero non vi può essere volontà.

Si suol però ripetere, coi vecchi pratici, che *voluntas non fertur ad incognitum*. Ciò è vero nel senso che la volontà non si estende a quanto, per essere ignoto, non poteva formare oggetto delle sue determinazioni, ma non nel senso che non vi sia più obbligo là dove non si estese la volontà. Il contenuto contrattuale, infatti, almeno nel diritto vigente, non è costituito unicamente da quanto formò oggetto della volontà dichiarata delle parti, ma altresì da tutte quante le conseguenze che ne fa derivare la legge (art. 1124 cod. civ.). E l'*incognitum* è disciplinato dalla legge cogli art. 1225 e 1226 cod. civ., i quali, regolando la responsabilità del debitore, dispongono che, o l'impreveduto è evitabile colla comune diligenza, e il debitore non è liberato, o esso è inevitabile, e il debitore è liberato sol quando ne derivi l'impossibilità di prestare il dovuto.

In un sol caso il problema riflettente le conseguenze dell'impreveduto diventa problema di volontà. Ed è quando le parti abbiano voluto regolare l'impreveduto dando al fortuito un aspetto diverso da quello predisposto dalla legge. Giacchè l'art. 1226 è sicuramente norma dispositiva, cui le parti possono convenzionalmente dare maggiore o minore estensione, coll'assunzione, ad esempio, totale o parziale del fortuito per parte del debitore, coll'esonerarlo dall'obbligazione pel sopravvenire di fortuito non impediente ma solamente ostacolante la sua esecuzione. Ma, all'infuori di tal caso, la legge contrattuale è dettata, non già dalla volontà delle parti, che non si è estesa a regolare l'impreveduto, ma dalle norme dispositive del codice, cui la volontà delle parti non ha derogato, e che formano come la cornice in cui s'adagia, completandosi, il volere dichiarato dei contraenti.

È perciò inutile distinguere tra casi prevedibili e imprevedibili; giacchè ai fini di ricostruire la volontà delle parti preme solo di sapere ciò che positivamente o negativamente le parti hanno in concreto preveduto o pensato. Questo solo entra nel quadro psicologico della volontà, e rispetto a ciò soltanto si potrà ulteriormente ricercare se vi fu manifestazione efficace e incontro di consensi.

Ed è poi inesatto parlare di casi che si dovevano prevedere; giacchè non esiste un obbligo di diligenza pre-contrattuale, cui si possa ricondurre il concetto di un dovere di previsione o di responsabilità per mancata previsione di eventi futuri. Siccome infine, come si è detto, anche la materia del fortuito può essere regolata dalle parti con patti che modificano o temperino il rigore della norma di legge, in certo senso può dirsi che nulla vi sia di imprevedibile contro cui la parte non possa premunirsi. Onde ancor più si vede (in diritto, diverso è per l'equità come si vedrà in seguito) la superfetazione di una distinzione che non porta diversificazione di conseguenze giuridiche di sorta.

È poi assolutamente inesatto, a parere del Collegio, parlare in questi casi del venir meno di condizioni o presupposti del volere cui si dovrebbe ritenere estesa la tacita volontà dei contraenti, perchè avvistabili da chiunque si fosse trovato nella loro posizione sociale e nel loro ambiente economico, o perchè si tratti di condizioni concrete che qualunque contraente normale, comune, medio, avrebbe ritenuto come esistenti. Questi criteri di ricostruzione del volere sembrano già pericolosi, almeno come criteri assoluti, quando si tratti di vedere se pel tramite del volere delle parti debbano penetrare nel contenuto contrattuale (e assumerebbero, come si è detto, veste di condizioni) rappresentazioni effettive delle parti; giacchè anche in questi casi non basterebbe la conoscibilità del motivo per presumere che colui cui la dichiarazione è diretta v'abbia aderito, ma occorrerebbe sempre un suo comportamento o contegno non equivoco dal quale certa scaturisca l'esistenza della sua volontà. Ma sono poi criteri assolutamente inapplicabili a casi, come quello in esame, in cui dell'avvenimento futuro le parti non abbiano avuto all'atto del contratto alcuna rappresentazione, nè positiva nè negativa. In tali casi, si ripete, sarebbe assurdo parlare di accordo tacito sull'esistenza con effetto giuridico di un presupposto o motivo, che non è mai esistito, perchè la volontà delle parti non se lo è mai, neppure sotto forma negativa, rappresentato. Sarebbe assurdo parlare d'interpretazione del volere delle parti, a meno che le parti stesse non avessero regolato la materia del fortuito adottando criteri diversi da quelli coll'art. 1226 dettati dal legislatore.

Ora, nella specie, i contraenti non han dato al fortuito un aspetto diverso da quello disposto dal legislatore. «Tous les cas de force majeure sont réservés d'une part et de l'autre» Così recita infatti la convenzione Praga che la lettera 16 ottobre 1908 espressamente richiama, ripetendo con altre parole il concetto puro e semplice dell'art. 1226 cod. civile.

Non è perciò il caso di risalire alla volontà delle parti per risolvere la questione; e il concetto di forza maggiore desunto dalla legge, anche coi temperamenti introdotti dal decreto luogotenenziale del 27 maggio 1915, non è, come si è dimostrato, tale da esonerare la Montecatini dall'esecuzione del contratto, nonostante la maggiore onerosità della prestazione derivata dalla guerra.

Giunti a questo punto, però, bisogna ancora ricordare che non solo la dichiarata volontà delle parti e le disposizioni della legge entrano a far parte del contenuto contrattuale: vi concorrono pure le conseguenze volute dall'equità. Ed è specialmente in questo campo, del sopravvenire di avvenimenti impensati (il vero campo caratteristico della clausola *rebus sic stantibus*, la quale s'informa così a concetti più ampi della presupposizione), che può

trovare applicazione il principio d'equità. Se invero l'equità potrà raramente avere occasione d'interessarsi a motivi effettivamente sentiti dalle parti, e che queste non abbiano creduto di far entrare nella volontà dichiarata, più frequente sorgerà invece il bisogno di temperare le conseguenze rigide di legge quando la sopravvenienza sorga in un campo che non fu neppure avvistato dalle parti, e sia così completamente estranea al lavoro psicologico che ha formato la loro volontà. In questi casi le parti si sono affidate al precetto generale di legge regolante il fortuito, senza pensare che pel sopravvenire di eventi impreveduti quel precetto avrebbe potuto trasformarsi in un'iniquità per una di esse. È giusto, quindi, ed è portato dal principio della buona fede imperante sull'esecuzione di tutti i contratti, che l'iniquità venga in tali casi impedita, o coll'apportare opportuni temperamenti al vincolo, o, in casi estremi, col decretare lo scioglimento del vincolo stesso divenuto iniquo.

È in questo campo, dell'equità, che i criteri profondamente umani della prevedibilità, del contraente medio o normale, e così via, potranno utilmente adottarsi e condurre a feconde pratiche applicazioni.

Ma non bisogna esagerare e considerare questi criteri come decisivi. L'equità non si presta ad essere schematizzata in una formula. Essa è la giustizia del dato caso; e presuppone perciò l'apprezzamento, per parte del giudice, di tutte le circostanze di fatto che hanno influito sulla formazione del vincolo giuridico fra le parti, in relazione alle circostanze di fatto nelle quali dovrebbe svolgersi l'esecuzione. E riposa piuttosto su un sentimento che su aprioristiche costruzioni ideologiche. Ciò che è iniquo si sente.

Il che non toglie che l'apprezzamento equitativo, per essere legittimo, debba apparire come la conseguenza necessaria del comun senso giuridico di cui è interprete il giudice, del modo particolare di presentarsi del rapporto di fatto cui va ad applicarsi, esaminato nella sua costituzione completa; debba cioè presentarsi come un giudizio logico, avente un fondamento oggettivo, riconoscibile e controllabile nella motivazione del giudice.

Questa è la sua caratteristica, che lo contraddistingue dall'arbitrio. Questo è ciò che dell'equità, prudentemente applicata, fa una delle più feconde fonti del diritto, intesa a piegare la norma rigida della legge alle palesi maggiori esigenze di giustizia del singolo caso.

Tutto ciò in linea di principio. Giacché, se si scende all'esame particolareggiato della fattispecie in questione, si vede subito che nulla d'iniquo presenta l'applicazione alla Montecatini del principio comune di legge regolante col fortuito l'imprevisto.

Intanto questo principio fu già mitigato, in relazione alle conseguenze della guerra, dal decreto luogotenenziale 27 maggio 1915. Per derogare ulteriormente ad esso in nome dell'equità, occorrerebbe che il caso concreto presentasse peculiarità tali, in relazione alla natura del contratto e alle condizioni dei contraenti, da far ritenere insufficiente al caso singolo quella mitigazione.

Ora, il contratto in questione di vendita a lungo termine e a consegne ripartite presenta singolarmente spiccato il carattere di speculazione aleatoria, che toglie al risultato dannoso l'aspetto d'iniquo, ma lo fa apparire normale e conforme al modo soggettivo d'intendere la corrispettività delle prestazioni nel contratto; giacché ben può dirsi che, per tali contratti, l'eventuale risultato iniquo (se non i fatti che vi danno origine) fu

previsto dalle parti e contribuì a formarne la causa come elemento di valutazione della controprestazione.

Inoltre, se la Montecatini fosse un piccolo produttore, che la sopravvenuta onerosità del contratto minacciasse di schiacciare, potrebbe apparire conforme al suo affidamento nella buona fede del compratore il ritenere che questi non possa pretendere l'esecuzione del patto a tutti i costi, anche a costo della sua rovina economica. Ma la Montecatini è una società fiorente, che ha larghe riserve e laute entrate di bilancio; onde rivolgendosi a lei la Società commerciale era autorizzata a credersi appoggiata ad un ente solido e forte, che nessuna evenienza, per quanto sciagurata, avrebbe reso impotente a soddisfare i propri impegni. Il che è nel fatto, perché basta dare uno sguardo, sia pur fugace, ai suoi bilanci, per convincersi che non sarà la perdita di circa 350.000 lire, quale si può calcolare pel contratto in questione, che potrà portare un colpo decisivo al suo bilancio economico. Ora, questo è motivo di buona fede che l'equità deve tenere in ben maggior conto che non le fallite previsioni della venditrice sulla bontà dell'affare.

E non basta. Dal 1908 a tutto il 1914 la fornitrice non mancò certo di dar lucri alla Montecatini, che se non in tutto, potranno certo in gran parte compensare le sue perdite nei successivi tre anni (il contratto scade col finire del 1917). Ed è normale per l'equità di far richiamo al passato per giudicare se l'oneroso presente non possa in esso trovar elementi di compenso (art. 1617 cod. civ.).

La risoluzione del contratto porterebbe infine delle irrisarcibili perdite alla Società commerciale, responsabile per l'art. 61 cod. comm. verso i suoi compratori delle mancate consegne; mentre essa favorirebbe la Montecatini permettendole di speculare sul rialzo dei prezzi delle piriti, col rivendere a terzi (come in fatto ha rivenduto) i suoi prodotti a prezzi inusitatamente elevati e vantaggiosi. Il che non sarebbe certamente conforme all'equità; mentre a questa non ripugna che tali lucri realizzi la compratrice assistita dal diritto che le assicura il contratto. Ambedue le parti, qui, *certant de damno vitando et de luero captando*; e l'equità, come la legge, non può, nel conflitto, che schierarsi dalla parte di chi fa valere un diritto, contro chi è invece mosso da un semplice per quanto ragguardevole interesse.

Per questi motivi, ecc.