

# 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

BIAMONTI avv. L.  
Sost. 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 —  
Senatore del Regno  
Prof. di dir. rom. nell'Univ. di Roma

CARLO FRANCESCO GABBA —  
Senatore del Regno  
Prof. di dir. civ. nell'Univ. di Pisa

GABRIELE PINOCHERLE  
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. XLII - Anno 1917

(Edizione Stereotipa)

ROMA

Piazza Cola di Rienzo, n. 82 (già 68)

SOCIETÀ EDITRICE DEL PERIODICO  
IL FORO ITALIANO

1917

riguardano il giudizio di merito, compresa l'eccezione di pagamento, non sospendono il corso del giudizio e la vendita, salvo il caso che la sospensione sia provvisoriamente ordinata dal tribunale».

Ogni specie di eccezione adunque, comprese quelle essenzialmente di merito, dalla richiamata disposizione viene ricondotta al concetto di una vera e propria istanza incidentale inerente al giudizio esecutivo. Vero è che quel disposto trovasi sotto la rubrica dell'esecuzione immobiliare, ma conviene riflettere che appunto a tale specie di esecuzione, in vista della maggiore importanza che rivestiva per i più gravi diritti che potevano rimanerne lesi, furono dal legislatore accordate più larghe garanzie di diritto comune; talché, se in quella sede ogni eccezione, sia pure di merito, entra nell'orbita degli incidenti esecutivi, a maggior ragione altrettanto deve ripetersi in confronto all'esecuzione mobiliare, tutelata, per l'indole sua spedita e sollecita, da minori garanzie.

Ciò premesso, è agevole ribattere gli ulteriori argomenti che dalla parte appellante vengono prospettati.

Si eccepisce che manca il titolo esecutivo, o che per lo meno non viene posto a fondamento della minacciata esecuzione; è evidente però che l'obbiezione, posta in modo così generico, non è risolutiva, dovendo più positivamente considerarsi e discutersi alla stregua dei principi che informano la procedura privilegiata di cui al caso.

Per verità, che nella specie non esista titolo esecutivo ordinario a mente dell'art. 554 cod. proc. civ., può e deve ammettersi; ma deve in pari tempo riconoscersi che non manca un titolo esecutivo speciale, dalla richiamata procedura reputato idoneo e sufficiente al conseguimento dei suoi peculiari fini.

Trattasi infatti del titolo contabile, cui volle la legge attribuire la garanzia del doppio grado di giurisdizione. Tale titolo, come ormai è pacifico in dottrina e giurisprudenza, non si limita alla parte di pura contabilità, ma versa anche sulla parte sostantiva o di merito a maggior garanzia dei diritti del debitore.

In tal modo perde ogni importanza l'obbietto che in precedenza all'ingiunzione non siasi esercitato alcun controllo sull'esistenza e sull'ammontare del debito, e vien meno la ragione fondamentale onde vuolsi attribuire il carattere di giudizio cognitivo alla opposizione contro l'ingiunzione medesima.

Invece ampia discussione anche sulle questioni di merito non mancò innanzi al Consiglio di prefettura, avanti il quale gli ex amministratori del Comune di Molinella furono invitati a produrre, ed effettivamente produssero, le rispettive giustificazioni, non ostante le quali avvisò quel Consesso di ritenerli responsabili delle somme nella emanata decisione indicate. Né mancò loro il mezzo di gravarsi di tale pronuncia per chiarire e svolgere viepiù la questione di merito, ma debbono imputare a sé stessi se non credettero di ricorrere in sede di appello alla Corte dei conti e se la pronuncia stessa acquistò virtù di cosa giudicata.

D'altra parte, come esiste il titolo esecutivo ritenuto idoneo ai fini della legge speciale, così non può dubitarsi che sia stato dedotto a fondamento della minacciata esecuzione, perchè l'ingiunzione 19 aprile 1915 fa precisamente capo alla decisione 5 febbraio 1912 del Consiglio di prefettura, costituente il substrato della presente causa, e divenuta, come si disse, irrevocabile.

A buon conto poi gli stessi appellanti non contestano

l'esistenza e l'ammontare dei rispettivi debiti, ma solo in via riconvenzionale ne deducono la compensazione giudiziale in confronto agli accampati crediti che dovrebbero risultare dall'esperimento dell'*actio de in rem verso*, da essi proposta.

In sostanza, quindi, non disconoscono l'efficacia del titolo esecutivo loro opposto, ma solo tentano di neutralizzarne gli effetti mercè la deduzione di una speciale eccezione estintiva, non diversamente da quanto praticasi negli incidenti esecutivi che insorgono nella procedura ordinaria.

Raccogliendo ora in sintesi le esposte considerazioni, e richiamato come l'atto d'ingiunzione, nei suoi effetti, sia pienamente equiparabile a un precetto ordinario, è lecito concludere che nella specie, anziché in un giudizio di cognizione, si versa in un vero e proprio incidente di esecuzione, e che l'appello contro la relativa sentenza, sia pure che riguardasse questioni di merito, doveva interporarsi nel termine di cui all'art. 656 cod. proc. civile.

Per questi motivi, ecc.

#### CORTE D'APPELLO DI MILANO.

Udienza 21 marzo 1917; Pres. ROSSIGNOLI P., Est. MUGLIA; Ditta F. Morzenti e C. (Avv. A. PUGLIESE) c. Cattaneo (Avv. BASEGGIO).

**Obbligazione — Inadempimento — Forza maggiore** (Cod. civ., art. 1226).

**Guerra — Obbligazione — Inadempimento — Onerosità eccessiva della prestazione. — Estremi** (D. lugot. 27 maggio 1915, n. 739).

*La forza maggiore, che per l'art. 1226 cod. civ. esonera il debitore dal risarcimento del danno, si ha soltanto allorchè egli sia stato impedito in modo assoluto di adempiere la sua obbligazione, non quando l'adempimento sia diventato più difficile e notevolmente gravoso. (1)*

*A' sensi e per gli effetti del decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, n. 739, la prestazione deve ritenersi eccessivamente onerosa quando importerebbe una sicura e rilevante perdita per il debitore, con indebito lucro dell'altro contraente. (2)*

*Ai detti effetti, la prestazione deve essere considerata oggettivamente, in relazione alla equivalenza della controprestazione e con riguardo al tipo del medio commerciante, che si trovi in quella data posizione di fatto; la condizione subiettiva del debitore può entrare nel novero degli elementi concorrenti a rendere eccessiva l'onerosità della prestazione, ma non mai costituire l'unico criterio decisivo per determinarla. (3)*

(1-2) I. — La ricerca sulla composizione del « caso » occupa nuovamente dottori e giudici e non si domanda per qual modo sia o possa venir distinto dalla « vis maior », ma, raccolti l'uno e l'altro fenomeno nella stessa idea, nella stessa maniera di valutazione giuridica del fatto, si domanda invece per che guisa ed efficacia concorra la « diligenza », e quindi la « condotta » della persona obbligata, a formare il concetto di questa cagion liberatoria del debitore. E a taluno occorre, nel ravvicinare, oltre misura, l'idea della « diligenza dovuta », della « condotta » alla natura giuridica del « caso » o « vis maior », di fare, certo senza volerlo, un paralogismo, se proprio non si voglia dire un ragionamento sofisticato vero: di identificare nel « caso » ogni fatto o non fatto che esca dai termini della diligenza imposta, onde aver così licenza di asserire essere « caso » o « forza maggiore » anche la impossibilità relativa, soggettiva, nella quale si trovi l'obbligato di eseguire la prestazione dovuta; impossibilità

La Corte, ecc. (*Omissis*). — La questione, cui i primi giudici sfuggirono, e che si ripresenta alla Corte, è quella in ordine all'applicabilità o meno della forza maggiore

sogettiva determinata da difficoltà notabili, più onerose di quanto esse erano al momento nel quale l'obbligazione venne costituita.

Movimento di idee: e turbinoso molto. Né come movimento ha in sé del nuovo: non è di oggi né di ieri il riavvicinare il concetto della « condotta » alla natura giuridica del « caso »: né maggior novità ha il tentativo di far entrare in quest'ultima figura la impossibilità *relativa*. Ma ben di oggi è il carattere ora asserito di « turbinoso » al movimento ripreso: nelle dottrine antiche apparisce compiuto dai savi con l'adattamento tecnicamente idoneo, sicuro, dei meccanismi che'erano gli istituti esistenti, in modo che ognuno concorresse a produrlo senza alterazione della propria natura: oggi invece, siccome nella legge nulla vi ha che dia quella libera possibilità di adattamento degli istituti, onde a noi studiosi con grata meraviglia e sacro rispetto si mostrano quali *conditores iuris* i dottori nostri di ragion comune, il movimento è tumultuario, caotico, così da venire alterata e guasta la teoria del « caso », alterato e corrotte le teorie della « diligenza » e della « colpa » come son ricevute dalla legge negli ordinamenti speciali di questi istituti, e nel sistema giuridico generale. Circostanza onde lo studioso trae motivo nuovo a due vecchie doglianze, delle quali la seconda è corretta da un vivo desiderio: la prima, così poco recente che risale al tempo della formazione dei codici in Italia, è il male prodotto dalla inopportuna facilità dell'imitazione, dallo spezzarsi delle tradizioni giuridiche paesane nel confronto dei codici stranieri, che dopo avere imperato in varie regioni italiane rimasero poi modello ai paesani; l'altra, che può e dev'essere tolta dall'avvicinamento nuovo auspicato agli studi universitari, è l'abbandono, già deplorevole in sé, ma di vergogna per gli italiani, nel quale son lasciati da noi i giuristi nostri di ragion comune, fonte imperitura di scienza e di arte giuridica, dal cui studio così larga dovizia trasse la scienza del diritto nelle università germaniche. Quanta parte della dottrina giuridica tedesca è tratta direttamente dalla sapienza dei nostri antichi, i cui volumi preziosi giacciono negletti e polverosi nelle biblioteche nostre: e come a noi paiono nuove le idee loro, le applicazioni fattene alla vita reale con saggezza ed accorgimento insigne, se presentate nella sintesi astratta di una « costruzione » germanica!

Ma di ciò basti: e sia di conforto l'augurarci disciplina vera di studi, che rendano le menti degne, nella capacità acquistata, di riavvicinarsi, rinnovandosi, all'antica sapienza italiana.

II. — La quale, nel formare la concezione dell'avvenimento fortuito liberatorio, pensò si a separare il caso dalla forza maggiore, il caso dall'impedimento: ma la distinzione non avea la sua causa nella diversità di elementi sostanziali propri ad ognuno di questi fenomeni: i fatti indicati con quella terminologia erano soltanto forme, modi di essere di una egual sostanza giuridica operante in ognuna con egual misura di legge. E la « sostanza » la « essenza » dei fenomeni era la « impossibilità » in cui il debitore si fosse trovato di eseguire la prestazione: « impossibilità » esprime a sua volta un altro concetto più ampio, lo stato cioè di « necessità », sola cagion diretta e vera di liberazione all'obbligato.

Perché, se la essenza della « personalità », se il valore giuridico del soggetto come « persona » è dato interamente dalla « volontà »; se la legge, regolatrice dei rapporti umani, regola perciò stesso l'azione, e quindi l'attività che è nei soggetti operanti, e quindi ancora il soggetto in quanto può essere attivo, l'azione è in sé l'esposizione reale di quella universale sorgente di vita che al mondo è l'energia, ed alla quale l'uomo partecipa con la volontà cosciente e libera. Prima anzi che gli studi filosofici dell'età nostra — sebbene già vi accennassero le intuizioni felici di dottrine filosofiche antiche nell'anticipare che facevano la natura — dessero alla volontà la virtù di elemento primo e fondamentale della coscienza, il diritto le avea riconosciuto l'ufficio di ragione costitutiva, formatrice della personalità: o si voglia dirlo riflesso nell'uomo della « volontà », che è nel mondo come totalità, o della « volontà » che è nell'« incosciente » di Hartmann, o della « energia » diffusa in ogni particella del cosmo: certo è che nell'uomo, unità cosciente ed operante, questa forza, meglio e come in sede più propria e vera, esprime la « volontà di vivere », onde alla mente geniale dello Schopenhauer pareva fosse composta la sostanza di ogni cosa. Ma nell'uomo,

invocata dalla Morzenti per ottenere la liberazione dalle conseguenze del suo inadempimento. Sosteneva e sostiene l'appellante che a totale liberazione essa ha diritto a base

questa virtù animatrice, questa ragion sostanziale dell'essere, non è forza cieca, non è energia abbandonata a sé: entra a comporre la « coscienza » nell'unità sua, e sebbene sia l'elemento col quale questa afferma sé, e con vigoria dominatrice si manifesta, gli altri elementi della cognizione lo temperano, lo frenano, lo dirigono ad un fine rappresentato. Così la volontà che è nell'uomo, nella coscienza sua, la volontà che è fattore della personalità, della « persona » quale soggetto di diritti, è la volontà cosciente e libera: nella coscienza e libertà del volere ha tutto l'esser suo la « signoria di sé » esprime la intera e sostanziale virtù della « persona », del soggetto giuridico: che nell'attività sua la estende sulle cose, sul mondo in cui è, componendo o concorrendo a comporre relazioni giuridiche.

Volontà cosciente e libera o soltanto la natural possibilità di essa, separando così l'esistenza potenziale sua dalla idoneità a porla in esercizio, in atto; e anche il fenomeno privo al tutto di tale possibilità, e dove la « cosa in sé » è opera solo della « legge » animatrice di speciali entità costituita da lei in « persona »: non discutiamo. Ciò nulla fa in riguardo all'asserire alla volontà cosciente e libera la sostanza, l'anima della « persona »: essa è il modo col quale l'uomo secondo la special natura sua è fatto partecipe alla sostanza generale della vita, all'energia per cui le cose singole tutte vivono, e per cui si consumano senza che essa sminuisca o si alteri. Vivere è volontà: e vivere giuridicamente, è giuridicamente volere.

E allora s'intende, e chi scrive poté dirlo in altri lavori suoi, che se la volontà sapiente e libera di sé è signoria, ogni soggetto che tal signoria avendo sia persona, si trova davanti altri soggetti che son pur essi persone: e ognuno ponendo in azione questa signoria che è volontà di vivere e perciò di operare, ha nella signoria degli altri la limitazione della signoria propria. Ed è la legge che esprime e regola tale stato di ognuno, perché ognuno è bensì sé stesso, ma anche associato, unità sociale, non potendosi, per le ragioni naturali dell'esistenza, intendere la vita dell'individuo fuor della società: la vita umana è vita di relazioni, e la legge a queste relazioni continuamente formantis, e con varietà pur continua, dà norme. Cosicché, per tale modo di essere dell'individuo di fronte al diritto, singolo cioè ed insieme unità sociale, al concetto della « signoria giuridica », del « poter giuridico » che è nella persona perché e come tale, inerisce sostanzialmente il concetto correttivo o limitativo della « responsabilità »: il soggetto come individuo ha la signoria di sé, protendentesi, in quanto attivo, sulle cose del mondo esteriore all'agente, e come unità sociale ha il freno, il limite della responsabilità, che in tal maniera si presenta insieme col diritto soggettivo quale fattore della « personalità »: se pur non vogliasi ritenerla già contenuta nell'idea stessa del diritto, del poter di agire.

Certo, argomentando soltanto da queste idee si dovrebbe definire la responsabilità quale obbligo dell'agente di risarcire il « danno » recato con l'azione sua fuori dei termini nei quali è compresa la signoria componente la sua personalità, in confronto all'egual signoria altrui: e questo fu il concetto più antico informatore dell'« ingiuria »: né altro è il concetto al quale oggi si vorrebbe ritornare, col dire di « responsabilità oggettiva », del « rischio » che ogni soggetto si assume con l'operare suo, perché inerente all'azione stessa.

Dottrina non accoglibile: se accolta, si dovrebbe dire non abbisognare la responsabilità di altra indagine all'infuori del « danno ingiustamente patito » dall'azione altrui: non si dovrebbe cioè dir più di « danno ingiustamente dato », non dovendosi più ricercare la condizione dell'operante: bastando, qual fattore diretto e solo della responsabilità, il « danno » patito con lesione ingiusta del diritto o anche del semplice interesse altrui. E così, si andrebbe a ritroso dei risultati che nel movimento giuridico operatosi sulla ingiuria e la responsabilità, rimasero fissati da oltre venti secoli; si altererebbe il concetto della « colpa » posto qual fattore essenziale dell'ingiuria e della conseguente obbligazione di rispondere, come i giureconsulti lo affermarono indagando nell'azione non il semplice risultato del danno altrui, ma anche la condotta dell'agente. Non solo: ma questa dottrina, che di novità ha solo il nome, e la denominazione venuta d'oltralpe è scorretta, è in contraddizione intima con sé stessa: e nel contradirsi ritorna agli antichi e saldi principi, come i giureconsulti classici li posero, come il diritto posteriore

sia del disposto dell'art. 1226 cod. civ., sia dell'art. 1 del decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, n. 739, essendo (a suo dire) per effetto della guerra diventata eccessiva-

li venne svolgendo, rendendoli più netti e precisi nel definitivo assetto, onde le legislazioni più tarde e le odierne trascorsero i criteri determinanti gli ordinamenti loro; la germanica stessa non esclusa, nonostante le formulazioni inventate a persuadere sé e gli altri di novità apparenti che in realtà non esistono. E la contraddizione in ciò sta: che l'agente col sapere ch'egli opera a proprio « rischio » e nell'assumerlo su di sé, *deve volerlo*, lo vuole: cosicché la posizione sua di fronte all'assicurazione dei rischi possibili cui va incontro con l'operare o con il non operare, e cioè con la condotta, col comportamento suo, la considerazione della persona diventa nuovo fattore, elemento soggettivo, della ingiuria e della responsabilità. Perché *volere* il rischio significa *conoscenza* nell'agente delle circostanze in cui esercita l'azione o l'inazione sua: e la *conoscenza* significa a sua volta possibilità nel soggetto di *misurare* ciò che fa in riguardo alle conseguenze possibili in rispetto ad altri. E allora tutte le sfumature che l'indagine psichica fatta dai giureconsulti ha reso col fissare i modi e gradi della colpa, riprendono per necessità l'importanza dell'ufficio loro: non si caccia con una parola, di nuovo o straniero conto, il millenario risultato dalla osservazione finissima condotta sulla realtà delle cose, sull'umana natura.

E parola giuridicamente non corretta. *Responsabilità* è colpa, è giudizio di condotta davanti alla legge, formatrice sovrana, e sovrana tutrice del diritto esprimente la personalità. Né si obbietti che vi ha pur casi raffigurati dalla legge odierna (cod. civ. art. 1153 e segg.) nei quali la responsabilità incombe sebbene nessuna « colpa » del soggetto obbligato l'animo e giustiffichi: qui non è ombra di responsabilità, ma obbligazione di rifacimento del danno prodotto da cose onde si trae utile, perché nel fatto del servirsi è già la volontà di assicurare gli altri che se ne avessero danno ne avranno la rifatta da chi le aveva a suo servizio nel tempo in cui il danno seguì. Concezione vecchia espressa dai dottori della romanità classica, elevata a *norma* dai canonisti col dire natural principio questo del dover essere gli svantaggi derivanti al soggetto da cosa di cui egli tragga utile, a carico del soggetto stesso, dovendo egli pigliar la cosa com'è nei vantaggi e negli svantaggi di cui possa essere cagione: concezione vecchia riprodotta nella dottrina della responsabilità oggettiva: ma che assai più ha di correttezza, perché lascia al tutto fuori l'elemento della colpa, necessariamente supposta nell'idea di responsabilità.

Che male dunque, e solo per dare apparenza di novità a vecchie idee, vien segnalata come « oggettiva ». Quanto erano più corretti e logici i giureconsulti, quando, dopo asserita la necessità della « colpa » a formare la responsabilità, intesero a coordinare a questa idea fondamentale pur l'obbligo di rispondere per danni interti dall'azione delle cose che s'avesse in potere, ricercando pur in esse un vizio, un difetto onde potesse mostrarsi un quasi indizio di colpa giustificante la responsabilità, mossa già dal concetto del dominio con l'esplicazione della personalità col protendersi suo sulle cose dominate! Com'è inutile l'aggiustare la dottrina del rischio con l'aggiungervi l'idea di una « colpa iniziale » a rafforzare il concetto della responsabilità obbiettiva! o meglio, com'è contraddittorio così da rovesciar dalle sue basi la dottrina stessa! Perché « colpa iniziale » è stato di condotta valutabile al momento dell'azione o dell'inazione onde l'ingiuria sia prodotta: e allora non è il rischio per sé, ma il rischio, veduto, misurato, o non veduto e non misurato quando doveva esserlo, che s'intende come liberamente accettato, che è ragion di responsabilità.

III. — E allora: se responsabilità, nel significato suo preciso, è obbligazione derivante al soggetto dall'uso anormale del poter suo come dalla legge gli è consentito, o come da rapporti speciali di dover giuridico gli è misurato; se rappresenta l'esercizio giuridicamente scorretto della personalità, della signoria contenuta nel poter del soggetto, della persona in quanto e perché tale; s'intende che la valutazione di questo « esercizio » nelle conseguenze sue esige ch'esso sia stato pienamente libero, come libera deve essere la signoria giuridica della quale, pur essendo anormale, è diretta manifestazione. Dov'è necessità, tale l'espressione giuridica valutabile della personalità: dov'è azione e inazione in conseguenza di necessità, non è atto della « persona » operante come tale, perché il poter suo di volere è vinto, è

mente onerosa per lei la prestazione contrattuale, in forza della quale il Cattaneo aveva diritto al pagamento della merce con effetti a tre mesi dalla consegna.

soppresso da uno stato superiore che lo domina. Né altro da tale stato è il concetto del *caso fortuito* o della *forza maggiore*: è *necessità* che lega la libertà, la volontà del soggetto al quale s'impone, che sostituisce allo stato normale giuridico della persona lo stato ch'essa genera e determina, e che, avvolgendo la persona, la libera dall'osservanza di quei termini in cui la legge costringe l'essere, lo stato giuridico normale suo, la sottrae alla responsabilità che dall'eccedere quei confini altrimenti le sarebbe derivata. Nella *necessità* non è la « persona » nell'entità e valor giuridico suo, che agisce: è la *necessità*: la persona che la subisce, non è *persona*, è strumento; e non è forza operante, ma soggetto vinto dalla fatalità del caso.

Onde due risultati. Il primo è di fondamentale importanza per la divisione della « colpa » nei vari atteggiamenti suoi, questo è: che lo stato giuridico normale della persona segnalata nella sostanza sua dalla possibilità dell'agire e del voler suo libero, può essere determinato dalla legge in quella generalità di confini nei quali è contenuto il poter soggettivo della persona come tale e perché tale; oppure la legge stessa o la volontà particolare può determinarlo in riguardo a speciali contingenze, contenenti un'obbligazione imposta all'agente: e nei due casi s'intende che diversa è la composizione dello stato giuridico del soggetto. Il secondo risultato è, che quando la forza della necessità non vince il poter giuridico ch'è nella persona, non lega la sua libertà di volere, quando cioè la persona può con la volontà sua di operare, combatterla e dominarla, lo stato di necessità manca: e il soggetto che potendo prevederlo e provvedere non mette al riparo, se da questa forza cieca, non è dominato, ma si è lasciato ingiustamente dominare: e allora questo suo piegarsi, è anormale esercizio del poter suo, della sua libertà, del suo volere, è colpa e responsabilità. E ancora un terzo risultato si può segnalare, in riguardo allo stato di necessità in sé: e cioè, che la libertà di volere, e con essa personalità e responsabilità mancano, non solo quando il soggetto non operi come dovrebbe secondo il suo stato, ma quando sia stretto ad operare sotto l'impeto e la pressione della necessità travolgente ogni energia giuridica sua. Nel primo caso lo stato di necessità lo libera da un dovere che normalmente avrebbe; nell'altro gli dà un diritto, dà alla sua azione un carattere che normalmente non avrebbe.

Così in confronto allo stato giuridico generale normalmente costituito dalla libera volontà di agire, vi è un altro stato ch'è pur produttivo di conseguenze giuridiche: lo stato di necessità.

IV. — Il quale dunque — e così s'arriva con pienezza di ragionamento a fissare l'entità del caso fortuito e della forza maggiore, come specie che son del genere — opera inducendo uno speciale stato giuridico al di fuori della « persona », e cioè al di fuori dello stato giuridico normale suo, inteso e misurato secondo la condizione in cui rispetto al diritto è o dev'essere: opera, come s'è detto, imponendosi, sovrapponendosi alla persona, sebbene la forza sua possa in effetto esplicarsi sulla struttura materiale e giuridica di essa. Così nel caso di obbligazione che la persona sia stretta di eseguire da sé, il caso o la forza maggiore possono operare sul suo corpo ponendola in tale stato da non potersi valere della sua intelligenza, delle sue membra; o possono operare modificando la struttura giuridica del suo stato, come avverrebbe se promessa la dazione di cosa determinata, si venisse a notizia di un titolo onde la ragion su quella cosa non è più, come appariva, del promettente, ma di un terzo. Cosicché, in riguardo alla produzione, alla formazione del *caso*, della *forza maggiore*, il soggetto, la *persona*, nella signoria sua giuridica di volere ed agire, dev'essere interamente estranea: lo stato di necessità interviene appunto opprimendo, paralizzando, questa energia formatrice della personalità.

Ma, allora, il contegno della *persona*, la cognizione e la misura della diligenza che nell'esercizio, nell'attuazione della signoria sua giuridica deve osservare, la cognizione cioè e la misura della colpa, come intervengono nel conoscere e misurare lo stato di necessità, l'effetto giuridico del caso e della forza maggiore?

Si vuol dire — e la formulazione del concetto venne presentata da chi scrive, e che della « colpa » ampiamente dissertò, — costituire « *caso fortuito* » e « *forza maggiore* », quali eventi li-

R  
applic  
artico

berato  
ascriv  
perso  
giuric  
cui si  
anche  
fortui  
nute  
cui q  
neret  
In so  
l'enti  
come  
mag  
I  
cento  
rebbe  
in re  
nel  
fond  
con  
obbl  
term  
sità  
deve  
di e  
era  
e pr  
di q  
imp  
giur  
sta  
resp  
nate  
mar  
giur  
det  
truit  
zion  
val  
dill  
nor  
lut  
raz  
reg  
sar  
gei

tax  
in  
dir  
su  
al  
as  
an  
riq  
eri  
cio

me  
l'a  
co  
G  
re  
co  
e  
at  
pe  
se  
ne  
66

11

Ritiene il Collegio che l'art. 1226 cod. civ. non trovi applicazione al caso concreto. « Il debitore (recita il detto articolo) non è tenuto a verun risarcimento di danni

beratori da vincolo giuridico, ogni avvenimento che non possa ascrivere in verun modo a difetto della diligenza dovuta dalla persona nell'osservanza di quanto le imponeva lo speciale stato giuridico suo: e si vorrebbe inferirne, e questa è l'applicazione cui si vorrebbe giungere, ch'è caso fortuito o forza maggiore anche la impossibilità soggettiva di operare, che cioè sono caso fortuito, forza maggiore, pur le eccezionali difficoltà sopravvenute in maniera eccedente le previsioni fatte al momento in cui quello speciale stato giuridico fu costituito, e che determinerebbero così una giusta causa di liberazione dell'obbligato. In sostanza: l'essenza di « colpa », concepita e misurata secondo l'entità della diligenza dovuta, sarebbe provata in tal modo come fattore diretto, essenziale, del caso fortuito, della forza maggiore.

E nel concetto posto così si ha un equivoco grave, inducente un errore non meno grave nell'applicazione che si vorrebbe farne: ed è equivoco condotto intorno al modo col quale in realtà la considerazione della colpa dell'obbligato interviene nel « caso fortuito o forza maggiore », derivante tutto dal confondere l'entità, la sostanza dell'avvenimento, l'in sé di esso, con la valutazione che dev'esserne fatta in riguardo alla persona obbligata. Perché la cosa in sé, s'è lecito adoperare qui come terminologia una costruzione kantiana, è nello stato di necessità *fuor della persona*: ma nel valutarlo in riguardo a questa si deve esaminare il modo col quale si è comportata in confronto di esso, se cioè, considerato lo speciale stato giuridico suo, era in tal condizione da potere o no prevedere l'avvenimento, e prevedendolo, da poterlo o no evitare, osservata in ognuno di questi due momenti la diligenza da quello speciale stato imposta. Come avviene della *volontà* animatrice del negozio giuridico, la quale in talune evenienze manca, e pure il rapporto sta perché al difetto del volere supplisce la *responsabilità*: la *responsabilità* ch'è, secondo il concetto generale esposto, idea nata insieme all'idea del *diritto soggettivo*, quale signoria informante la *personalità* componente il « soggetto » di ogni relazione giuridica; così, questa idea limite della *responsabilità* entra a determinare se quell'avvenimento che in sé sarebbe caso fortuito o forza maggiore, lo sia in effetto in riguardo alle condizioni speciali della persona obbligata. Ecco il fenomeno della *valutazione*: la condotta della persona, il modo col quale giusta la diligenza cui nello stato suo speciale la persona obbligata agì, non entra a comporre il *caso*: entra soltanto a valutarlo, a valutare, cioè, se la persona che lo invoca quale ragion di liberazione, si trovasse in tal condizione da poterne essere signoreggiata, oppure da poterlo signoreggiare: il risultato questo sarà: che se poteva signoreggiarlo con l'osservanza della diligenza impostale, non vi era per lei lo stato liberatore di necessità.

In questo modo si comporta la *colpa* in rispetto alla valutazione del *caso fortuito*: costituisce cioè la misurazione del *caso* in riguardo alla persona: è il caso cioè misurato *soggettivamente*.

Dall'equivoco o segnalato, e che vien risolto separando a dir così la parte psicologica del fenomeno della valutazione sua, è derivata, o si vuol derivar ora, un'applicazione contraria al tutto alla nozione del *caso* o *forza maggiore*, ed alla legge. Si asserisce che compongono il *caso* in sé, nell'esser suo oggettivo, anche le *difficoltà* sopraggiunte al formarsi della relazione giuridica costituita, ed *eccedenti* quelle che nell'istante iniziale erano state previste dall'obbligato: l'impossibilità non sarebbe cioè soltanto *oggettiva*, ma ancor *soggettiva*.

Che nel *caso fortuito* o *forza maggiore* sia contenuto l'impedimento di operare con'era obbligo, non è osservazione nuova: l'avean fatta già i nostri giuristi di ragion comune, e basti ricordare il Menich che nel suo trattato *De fortuitis casibus* (Flor., Giunta, 1587) pone questa terminologia: ma con maggior correttezza di quanto non facciano i moderni, dicendo della difficoltà opponentesi all'adempimento normale della obbligazione, e dell'impedimento che ne risulta al debitore, considera questo atteggiamento del fenomeno nella relazione in cui è con la persona dell'obbligato, e nota che l'impedimento dev'essere in sé tale da togliere la possibilità di adempiere. Applicazione netta del concetto di *necessità*, determinante nell'esistenza *obiettiva* sua uno speciale stato giuridico.

V. — E con questi presupposti, con questo materiale che l'analisi ha fornito fin qui, è facile comporre, o meglio riscon-

quando, in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito, fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato o ha fatto ciò che gli era vietato».

porre il concetto del *caso fortuito* o *forza maggiore*, come apparve agli antichi dottori, all'antica giurisprudenza, e com'è passato da questa tradizionale fonte al diritto italiano. L'avvenimento ond'è costituito, dev'essere estraneo alla persona che ne tragga ragion di liberazione, e le *difficoltà* nelle quali l'obbligato può dibattersi, qualunque esse siano, e così gravi da rimanerne oppresso, non costituiscono né *caso*, né *forza maggiore*: sono una *fatalità* sì per l'obbligato, che delle sue previsioni ha disinganno grave, ma non sono *fatalità* in sé. Non sono in sostanza cagione d'impossibilità, ma aggravamento dell'obbligo: costituiscono circostanze onde l'adempire può essere reso ben grave, anche intollerabilmente grave, ma non determinano il *caso* nell'essere tecnico che lo forma, lo distingue come fenomeno giuridico liberatorio.

Certo, parrebbe che a tale costruzione, dedotta in special modo da un particolare atteggiamento dello stato di *necessità*, contraddica la legge, e con essa tutta la dottrina e la giurisprudenza antica, che in date evenienze separavano i casi prevedibili dai non prevedibili (p. es., cod. civ. art. 1621): ma le cose già dette mostrano come non solo contraddizione non vi sia, sibbene conferma piena dei concetti proposti. La prevedibilità rientra qui giustamente nella concezione esposta a fornire il criterio della *valutazione* del « caso », e la valutazione è processo che necessariamente si deve svolgere in riguardo alla persona dalla quale il caso è invocato. Lo stesso linguaggio comune, oltre che il giuridico, mostrano incisivamente tale rapporto: col dire che l'obbligato *fa valere* per sé il « caso », si dice appunto dell'avvenimento considerato in confronto allo stato della persona, per inferirne se, tenuto conto della condizione giuridica sua e del comportamento che in riguardo ad esso doveva tenere, quell'avvenimento sia per lei effettivamente *caso*, se cioè la *responsabilità* inerente a quel suo speciale stato non impedisca sia esso valutato come « caso » liberatorio. E la prevedibilità entra allora a comporre la regola di comportamento: *determinare*, cioè, in precedenza il *criterio di valutazione* del « caso fortuito ».

Rimane così dimostrato che la impossibilità detta « soggettiva » o « relativa » non è idonea a comporre il contenuto del « caso » liberatorio; è la impossibilità « oggettiva » che lo costituisce, e le difficoltà onde al soggetto obbligato « è resa più grave la prestazione di quanto deve » non danno idonea sostanza al « caso ». Alla quale affermazione contraddice, è vero, il provvedimento reso col decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, dove « le eccezionali difficoltà » dell'adempire sono considerate « caso fortuito » e l'art. 1226 del cod. civ. è espressamente richiamato al riguardo. Già basterebbe considerare il modo col quale la provvisione è concepita e resa, per intendere che fuor della legislazione per la guerra, la legge civile, nell'art. 1226, mantiene la dottrina e la tradizione giuridica; ché altrimenti non sarebbe stato necessario provvedimento alcuno. E quanto al modo col quale la norma venne pensata e redatta, è agevole cosa osservare come sia in essa tutto l'equivoco avvertito, del confondere col criterio determinante il caso fortuito nella obiettiva sostanza sua, il criterio di valutazione della condotta in riguardo alla prevedibilità; e del confondere, come si dirà più innanzi, la questione delle maggiori difficoltà da quelle prevedute e prevedibili al momento della composizione del rapporto, con la questione del rischio.

VI. — Ma su questa che pare risoluzione al tutto rispondente alla legge comune ed a quella speciale ordinata a cagion della guerra, è necessario insistere: anche per segnalare un avviamento, come di transazione, che fra dottrine discordanti sul significato di questa special provvisione fatta col decreto luogotenenziale, parrebbe proposta dalla recentissima sentenza della Corte milanese ond'ebbe occasione la presenta scrittura. Perché, se pare fuor di ogni dubbio, e se per comune opinione delle sentenze rese sul tormentato argomento, che la legge generale nel disporre che fa del caso fortuito o forza maggiore abbia inteso soltanto, deducendo dalla tradizione giuridica costante, alla *impossibilità oggettiva* e a quelle circostanze cioè che renderebbero *per sé*, e in confronto a chiunque si trovi in cospetto di esse, impossibile l'adempimento della prestazione, com'era nel comune voler delle parti: ugualmente dovrebbe parere non dubbio che la mutazione data alla legge nello speciale ordinamento del decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, si riferisca

L'or ricordato disposto di legge ammette dunque che il caso fortuito o la forza maggiore scusino la responsabilità del debitore solo quando gli abbiano impedito di

alla impossibilità soggettiva, ch'è valutazione di circostanze riferentisi soltanto all'obbligato (1). Quella è considerazione di uno stato di necessità nel quale verrebbe a trovarsi a ragion di circostanze dove non penetri indebita negligenza, chiunque fosse nelle condizioni dell'obbligato, sia in riguardo al vincolo che alle circostanze stesse; l'altra è considerazione di uno stato di necessità particolare all'obbligato, perchè alle condizioni sue speciali, a lui personali, si pon mente: le circostanze vi sono cioè valutate non in riguardo a chiunque obbligato si trovasse nelle contingenze sue, ma in riguardo a lui determinatamente, singolarmente, così com'è in riguardo al vincolo ed ai fatti onde gli è reso impossibile l'adempimento dovuto.

È tutto un modo diverso dunque d'intravedere e valutare lo stato di necessità: e non altra, come s'osservò, è la ragione che ebbero sempre i giureconsulti nostri di eliminare, come contrastanti alla comune volontà delle parti, ai criteri del comune commercio, la considerazione dell'impossibilità soggettiva, ch'è tutta relativa, nel comporre l'idea del caso fortuito liberatorio. Giustamente dunque si è deciso che la provvisione data dal decreto luogotenenziale 27 maggio 1915 è solo particolare, è solo di eccezione. Or, se così è, come si può asserire, e l'asserzione è autorevolmente mantenuta da questa ultima sentenza della Corte milanese, che la eccessiva onerosità della prestazione deve essere considerata oggettivamente in relazione alla controprestazione ed al tipo medio del commerciante che si trovi in quella data situazione?

Non par confusione d'idee questa? Certo, si potrebbe soggiungere, che non confusione è, ma giusto modo di far capire nell'ordinamento comune, pur questa legislazione speciale: e dire che s'è inteso di considerare nello stato vero d'impossibilità riflettentisi sull'obbietto, anche la circostanza della onerosità eccessiva. Non esattamente tuttavia ciò si direbbe: anzi non esatto sarebbe il dirlo in riguardo ai concetti della sentenza stessa. La quale dice sì che la determinazione della onerosità eccessiva dev'essere condotta con criterio oggettivo, ma nel procedervi, aggiunge, si deve pur considerare la condizione del debitore: e parrebbe così, che in effetto la sentenza pensi sia la impossibilità soggettiva considerata dalla legge speciale; se nonchè dice poi, doversi tal condizione esaminare e togliere in conto raffigurandola in riguardo al tipo medio del commerciante che si trovi in quella data situazione nella quale l'obbligato è: e verrebbe fatto così di pensare esser davvero questa la impossibilità soggettiva, se la sentenza non aggiungesse subito che la condizione subiettiva del debitore non può mai costituire l'unico criterio decisivo della onerosità eccessiva.

Fuor di dubbio, i concetti informatori della decisione resa dalla Corte milanese, all'analisi che se ne faccia, non si mostrano netti e sicuri. Nel vero essa è, quando asserisce non considerarsi nella legge speciale di guerra la impossibilità oggettiva: ma con l'altro che vi aggiunge, non separa la figura della impossibilità dall'altra che è la clausola *rebus sic stantibus*; cadendo così nel vizio di altre decisioni che la presenza di tal clausola veggono nella particolare norma che il decreto luogotenenziale ha posto (2). Perchè cosa mai significa « doversi considerare la prestazione in riguardo anche al tipo medio del commerciante che si trovi in quella data situazione »? Certo che a stabilire la impossibilità occorre pur avvertire alla condotta dell'obbligato, perchè la negligenza indebita sua non scusa la impossibilità che ne sia stata conseguenza; ma altro è il considerare il contegno tenuto dall'obbligato per segnalarne la correttezza giuridica, e altro il dedurre la impossibilità dalla considerazione dello stato economico dell'obbligato in riguardo alla prestazione. Questa è la impossibilità soggettiva: s'intende che base sua è il mutato costo (3), e in modo eccessivo, dell'obbietto ch'era ed è nella prestazione; ma questo elemento di misura dev'essere posto in relazione al riflettersi suo, ed al modo col quale si riflette sul patrimonio dell'obbligato, a fin di stabilire se v'induca un sacrificio economico eccessivamente

eseguire l'obbligazione, non già quando l'adempimento dell'obbligazione siasi soltanto notevolmente aggravato a causa del fortuito. In altri termini, vi è forza maggiore

superiore a quello che per la formazione originaria della prestazione doveva gravarvi.

Questa è la impossibilità soggettiva: questa è la ragion di separarla dalla clausola *rebus sic stantibus*: certo, è giusta il principio posto dalla Corte milanese del non doversi quel criterio di confronto dedurre dal lucro mancato: ma se il disquilibrio tra il costo della prestazione nei due tempi notati non vien cercato e fissato in rapporto al patrimonio dell'obbligato, osservandone lo stato come sarebbe per il peso impostovi dalla normalità delle circostanze, e quello impostovi dalla circostanza anormale della guerra, il concetto d'impossibilità soggettiva manca affatto. E soltanto questo confronto, soltanto il rapporto fra l'entità del valore della prestazione al tempo di sua origine, e l'entità di essa come in seguito mutò per lo stato di guerra, rapporto che dev'essere misurato avendo presente il modo col quale il valore considerato in questi due tempi deve gravare e grava il patrimonio dell'obbligato, soltanto il rapporto così determinato da tali fattori, dà il contenuto della impossibilità soggettiva. La quale, quando il giudice con criterio insindacabile la rilevi ed osservi nei casi particolari, non soltanto produce liberazione dal danno, ma anche la risoluzione del vincolo: conseguenza necessaria del concetto d'« impossibilità », sia essa oggettiva, sia soggettiva (4).

VII. — Fedele a questo concetto tradizionale del caso, la giurisprudenza francese, interpretando la legge onde la nostra ebbe la sua diretta ragion di origine, mai volle dargli l'estensione determinata dalla cosiddetta « impossibilità soggettiva o relativa »: e in varie occasioni, e ripetutamente, asserì (5) che le difficoltà, pur provenienti da stato di guerra, e sebbene gravissime, non costituiscono caso liberatorio dal vincolo, se all'obbligato era possibile procurarne l'adempimento, pur con sacrifici pecuniari di gran lunga superiori a quelli previsti o prevedibili al momento della composizione del rapporto. Ma vorrà ciò dire che il fatto della errata previsione dei carichi mutati in più di quel ch'erano quando furono previsti, o si potevan prevedere al tempo in cui il rapporto venne formato, non abbia mai trovato posto nella dottrina e nelle risoluzioni del diritto comune, e non debba averlo nella dottrina odierna?

Per due vie si è cercato di affermarlo. Una move dalla clausola *rebus sic stantibus*, che nel diritto comune era sottintesa nella formazione di taluni rapporti: l'altra dalla dottrina della presupposizione, che ad opera del WINDSCHILD vorrebbe determinare l'entità e la valutazione della causa nei negozi giuridici.

Il primo rimedio è proposto in modo ch'esse al tutto dalla ragione e dai termini di sua origine: e finisce addirittura col mantenere semplicemente il nome dell'antico, che servirebbe così solo come un titolo di legittimazione d'idee che si possono discutere, che si potranno anche in parte accogliere, ma che del vecchio istituto snaturano la sostanza e la estensione vera. A pensarci su, la maniera del proporre la novità con la terminologia antica, finisce col far tutt'uno di questa dottrina con l'altra della presupposizione: la quale, se non altro, si presenta con la designazione sua propria, come la propone l'insigne maestro che la pensò.

Perchè nel diritto comune, a cagion dell'equità onde i responsi tutti dei nostri insigni dottori penetrarono gli istituti, adattandoli con insuperabile accorgimento ad ogni nuova condizione di vita, il fatto osservato nei rapporti contrattuali ad esecuzione successiva, del mutarsi in seguito, con grande aggravio dell'obbligato, degli oneri presunti o presumibili al tempo della formazione del rapporto, determinò la dottrina di BARROLO conseguenze al magistrato d'intervenire a fin di restaurare l'equilibrio rotto. Nel che appaiono le due idee fondamentali componenti la sostanza della dottrina: la prima, del formarsi della volontà in considerazione di quei dati elementi che potevano o dovevano consentire di misurare l'ampiezza dell'obbligo, e delle difficoltà da vincere per effettuarlo: volontà non riferibile al solo obbligato, ma ad ogni parte interveniente al rapporto: volontà comune insomma: e qui apparisce il concetto che

(1) Cons. ASCOLI, in *Riv. di dir. civ.*, 1916, p. 247 e seg. Ma cfr. SEGRÈ, in *Riv. di dir. comm.*, 1916, p. 895, e segg.; e MANFREDI, in *Giurispr. it.*, 1917, I, 1, 45 e segg.

(2) App. Venezia 22 giugno 1916 (*Foro it.*, 1917, I, 50): ma cfr. però con l'altra sent. 15 ottobre 1916 (*ibid.*, col. 51).

(3) Questo solo criterio è valutato dal PESTALOZZA, nella sua dottrina monografica in *Foro it.*, 1916, I, 1135 e segg.

(4) App. Genova 13 febbraio 1917 (*Foro it.*, 1917, I, 456) e vedi ivi la nota di R. BABBONI riassuntiva della dottrina e della giurisprudenza.

(5) Cass. fr. 4 agosto 1915 (*Journ. du Pal.*, 1916, I, 17): e la nota di WAHL, App. Parigi 8 gennaio 1916 (*ib.*, 1916, 2, 39).

se è i  
quand  
ficio i

più tar  
non nu  
conda  
taluni  
dei va  
mutat  
rotto,  
a cui

Q

gion c  
diare.

guaci  
rispet  
ancor

JHERIN

in con  
magg

gio m  
nava,

nel d  
zione,

rebus

è mei  
speciè

e val  
che s

idee

D

dei p  
ridic

gome

oggi  
deriv

esser

ferm

seor

gnifi

cont

tativ

nel f

fuor

accol

ad ec

lenza

tratt

tura

per

con

ne si

lavor

reso

(

quar

riva

nali

dall

cong

con

rapp

vole

che

gato

zion

non

dom

sion

cont

tere

tazi

comu

dete

sem

ond

se è impedita l'esecuzione dell'obbligazione, non vi è quando l'adempimento rechi maggior incomodo o sacrificio inerente all'alea delle contrattazioni. La difficoltà

più tardi formò la teoria della *presupposizione*, concetto dunque non nuovo, avendo di novità soltanto la denominazione. La seconda idea è poi in realtà il risalire che nella prima si fa in taluni rapporti ad un'idea astratta generale, che è l'*equilibrio* dei valori come si ritien presente alle parti nei contratti commutativi, e perciò voluto: e però, equilibrio di volontà: che se rotto, può essere ristabilito dal giudice a richiesta dalle parti a cui danno tale rottura seguita.

Questo il fatto, questo il modo col quale i dottori di ragion comune primamente lo considerarono, e intesero di rimediare. La teoria venne più tardi, quale composizione tra i seguaci della dottrina bartoliana, e le obiezioni derivanti dal rispetto dovuto alla volontà iniziale: da quella — e il concetto ancor qui com'è dunque vecchio! — che più tardi ad opera di JHERING, insigne maestro, venne detta responsabilità o colpa in *contrahendo*. E la composizione condotta sul criterio della maggiore o minore prevedibilità, e quindi, a dirlo con linguaggio moderno, sulla misura dell'assunzione dei rischi, culminava, certo con maggior criterio giuridico di quel che non sia nel decreto luogotenenziale e nella dottrina della *presupposizione*, dove vogliamo comprendere pur l'altra della clausola *rebus sic stantibus*, nell'idea e nell'istituto della *lesione*. Quanto è meraviglioso questo risalire dei nostri vecchi dottori dalla speciale contingenza dei fatti economici equamente considerati e valutati, alle concezioni generali: e risalirvi senza lo sforzo che si palesa nelle costruzioni odierne, e senza offendere le idee e gli istituti fondamentali accolti nella legge!

Dall'indagine e dalla misurazione della volontà estimatrice dei pericoli, dei rischi, delle difficoltà attenenti al rapporto giuridico che s'apprestava a formare, non dedussero i Maestri argomento onde rimanesse alterata la struttura del caso, quale atteggiamento speciale dello stato di *necessità*: con la naturalezza derivante dalla profonda conoscenza e valutazione del modo di essere e di svolgersi della volontà nei fatti, la visione loro si fermò su di un istituto che consentiva di risolvere la difficoltà secondo l'equità premente. E fu l'istituto della *lesione*, che magnificamente si prestava al bisogno, nei rapporti costituiti da contratti commutativi ad esecuzione successiva; e per altri fu la condizione risolutiva sottointesa. Nei contratti a causa commutativa, lo spostarsi dei calcoli sull'aggravio, fatti dall'obbligato nel piegarsi al vincolo, e lo spostarsi con gravissimo danno suo fuor della prevedibilità dovuta, induceva, secondo la dottrina accolta, l'alterazione dei termini che nel contrattare vengono ad equilibrio col consenso: induceva l'alterazione dell'*equivalenza degli interessi economici*, tenuti come ragion vera del contrattare, e del contratto: e rimedio era la *lesione*, che dalla rottura di tale equilibrio, di tale equivalenza avea tratto origine per casi speciali. Il diritto comune vi lavorò, assumendo quale concetto generale questa ragione confinata in casi particolari: né si può negare l'armonia della concezione, prodotta dal sottile lavoro condotto su materia che la meditazione e l'analisi avean reso duttile e adatta al bisogno.

Quindi, l'intervento del giudice: perchè, a somiglianza di quanto avveniva col rimedio della *lesione* ordinaria, chi asseriva e provava di essere lesa o cagion delle difficoltà eccezionali sopravvenute, potea chiedere un *equo conguaglio economico* dall'altra parte, e in mancanza la risoluzione del negozio: col conguaglio il giudice ristabiliva l'equilibrio economico rotto: con la risoluzione rimetteva le parti nello stato anteriore al rapporto costituito, che pel vizio occorso nella formazione del volere rimaneva privo della ragion sua di essere. E s'intende che la risoluzione poteva essere non solo domandata dall'obbligato nel caso non volesse l'altra parte addivenire alla composizione col conguaglio; ma pur da questa si poteva opporre, se non giudicasse conveniente ai propri interessi accogliere l'altra domanda, perchè, sebbene dall'informarsi al rimedio della *lesione* il giudice traesse ragione all'intervenire suo nella privata contrattazione, l'ufficio ch'egli ne aveva era di riporre nell'interesse dell'una e dell'altra parte in giusto equilibrio la valutazione degli interessi rispettivi, e ristabilire così la volontà comune risaltante nel contrattare.

Questo nei contratti commutativi: perchè nei rapporti non determinati da tale ragion di negozio, la volontà s'intendeva sempre vincolata alla permanenza di quelle condizioni di fatto ond'era stata eccitata: col mancar di esse, veniva meno la vo-

lontà, e la risoluzione si presentava qual rimedio equo, rispondente al venir meno della causa.

lontà, e la risoluzione si presentava qual rimedio equo, rispondente al venir meno della causa.

VIII. — Entro questi termini operava nel diritto comune la clausola detta *rebus sic stantibus*. Così venne da ultimo temperata e adottata equamente la teorica di BAROLO (in L. 11, § 5, *publ. et vectigalibus*, in *Opera*, Lugduni 1555, vol. IV); V. ZANCHIS, *De laesione*, Romae, 1825, p. 2, c. 7, nn. 88 e segg.; DE LUCA, *Theatr. verit. et iustitiae*, Romae, 1671, disc. XLII, *de regalibus*, n. 10: *de cambiis* d. I, n. 24; ALCIATUS, *De praesumpt.*, (in *Tractatus illustr. Jurisconsultor.*, Venetiis 1584, XVI, 5); LANCELLOTTUS, *De attentatis* (ib.), n. 109; CELS., Ugon., *De clausibus* (ib.); MENOCHIUS, *Consilia*, in *Opera*, Gen., 1690, § 27, n. 42; MANTICA, *De tacitis et ambig.*, Lugd., 1695, III, t. 15, n. 25, che in maniera assai estesa si vorrebbe ora trarre tutta negli ordinamenti del diritto civile odierno. E l'asserzione, com'è fatta, contrasta alla ragion che la clausola avea nella dottrina dei maestri, ed al processo pensato a fin di darle la efficacia richiesta dall'equità.

Ripugna anzitutto alla ragion della clausola. Difatti, essa è tutta una ricostruzione della volontà a seconda dei motivi che poterono determinarla: move tutta da una concezione della causa che non risponde al modo col quale è intesa nel diritto odierno, e non risponde neppure alla concezione classica della causa obbliganda, estesa nello special caso per potervi dare i rimedi suggeriti dall'equità. Ora, è dottrina comunemente ricevuta dell'essere il *motivo* del volere, considerato soltanto per sé, termine indifferente alla formazione della volontà giuridica: di altro coefficiente abbisogna per avere tal valore.

Ripugna poi alla maniera con la quale il concetto di *lesione* è accolto ed opera nel diritto odierno. Purché, a ragion di sua origine vera, come apparisce nei fonti classici, e sebbene la concezione che l'anima sia stata intesa nel diritto comune con la maggior ampiezza, il diritto italiano odierno l'accoglie qual rimedio particolarissimo, in alcune speciali figure: la *vendita*, dove al solo venditore di cose immobili è conceduta, e la *divisione*, dove all'antico concetto di atto traslativo succedette sì l'altro di atto dichiarativo, ma il rimedio rimase giustificato da un elemento nuovo sostituito al vecchio, e cioè il concetto della *uguaglianza* tenuto qual fondamento pieno, anima della divisione. E allora, se la ragion comune dava il passo all'equità nel caso qui studiato, valendosi come strumento a ciò atto dell'istituto della *lesione*, com'è possibile raccogliermene l'insegnamento dei risultati, quando non è possibile conseguirli con il mezzo reputato a ciò particolarmente idoneo?

Ond'è che più atto ad ottenere la stessa finalità con mezzi in apparenza meglio conformi agli ordinamenti attuali nostri, parrebbe il concetto della *presupposizione*: ch'è modo generale di costruire l'idea di causa nel negozio giuridico. Ma è modo in realtà non accoglibile. Nel diritto nostro, l'idea di causa è, giusta l'origine sua, profondamente separata dall'idea di *motivo*: e tale rimane nei negozi giuridici *bilaterali*, dove il *motivo* quale spinta eccitatrice dell'energia volitiva è differenziato dall'energia stessa eccitata e diretta ad ottenere una finalità giuridica determinata e distinta. Il *motivo* qui rimane momento tutto personale a chi ne traeva spinta a volere: il vincolo, e la ragion del vincolo, è tutto nella *volontà* comune degli intervenienti al negozio, e in questa volontà comune si riflette, per comporla, quella parte di volontà individuale ch'è uguale in tutte le parti in quanto e perchè informata ad un fine giuridico che ugualmente intendono di conseguire. Altrimenti avviene nei negozi giuridici unilaterali, perchè animati dalla volontà del solo dichiarante, e qui motivo è pur causa: o meglio nella volontà si comprende anche il momento iniziale della spinta (cod. civ., art. 828): e altrimenti avviene quando il *motivo* sia viziato per *illeceità*, perchè il vizio ch'è nel momento iniziale non si può più restringere a questo, ma inquina tutto il volere: è la sorgente della volontà ch'è giuridicamente corrotta, e senza offendere l'ordine giuridico, onde la illeceità ebbe sanzione di condanna, non si può distinguere tra la volontà illecita nel sorgere, e la volontà prodotta, restringendo a quel momento, alla spinta, la illeceità condannata. La sanzione della legge ne avrebbe il maggior danno.

IX. — Ma, se la cosiddetta *impossibilità soggettiva*, o *relativa* (terminologia quest'ultima più accoglibile), non può entrare, giu-

se aggravano le sue previsioni, non autorizzano a rompere i contratti regolarmente stipulati.

Una legge contraria scuoterebbe nelle sue basi il principio sanzionato all'art. 1123 cod. civ., per cui i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti. Onde essi debbono essere osservati, salvo che, ripetesi, il loro adempimento sia dimostrato impossibile per una causa estranea non imputabile al debitore. In tale interpretazione della *vis maior* concordà anche la tradizione classica romana (L. 137 Dig., *de verb. oblig.*, XIV, 1).

Ora, secondo la stessa tesi della appellante, non vi è stata, nella fattispecie, impossibilità nell'adempimento. È pacifico che le consegne dovevano seguire in maggio e giugno 1915; onde, allo scoppio della guerra, tutte le merci dovevano essere fabbricate, o almeno tutta la ma-

sta la dottrina qui esposta, a comporre il caso fortuito o la forza maggiore; se le difficoltà eccezionali sopraggiunte nei contratti ad affettuazione successiva non possono aver considerazione con il ritornare che si faccia alla clausola « *rebus sic stantibus* » del diritto comune; se neppure possono avere per sé giuridica valutazione con il ricorrere alla dottrina dalla *presupposizione*: vorrà dir ciò che nel diritto nostro in nessun modo potranno entrare in considerazione?

Negare sarebbe incorrere in grave errore. Anzitutto, la dottrina stessa separante il *motivo* dalla *causa*, dà modo di provvedere: perché il *motivo* è *causa*, quando la *volontà comune delle parti* nei negozi bilaterali abbia inserito in sé stessa pure la spinta, il momento iniziale, che per sé altrimenti sarebbe termine indifferente alla composizione del negozio. Ora, la volontà può aver manifestazione non soltanto *espressa*, ma ancor *tacita*: e tacitamente anche questa valutazione dei motivi potrebbe aver luogo nella composizione del negozio giuridico bilaterale. Né si dica che qui occorrerebbe il concetto di *presupposizione*, combattuto e disatteso: e che s'è in contraddizione grave: la *presupposizione* dà per sé importanza intera e piena ai motivi, è presunzione almeno legale di volontà così condotta; mentre a *conoscere* se volontà tacita vi è stata diretta a considerare il *motivo* come *causa*, può valere la presunzione semplice sì, nei termini in cui la legge ne restringe l'efficacia probatoria, ma non vi è presunzione legale che da sé necessariamente operi.

Tanto più, che questa special volontà dev'essere in relazione con l'ordinamento dato al passaggio ed all'assunzione dei rischi: e se anche si volesse presentare la dottrina ora esposta sul modo giuridico di considerare il *motivo* in confronto alla *causa*, adattandovi la denominazione antica della clausola *rebus sic stantibus*, è con quell'ordinamento ch'è necessario comporla. E allora è fondamentale la distinzione fra le obbligazioni di dare, perfette quando cadano su cosa certa, determinata, o la obbligazione di fare: cosicché in riguardo alle prime, la natura stessa del vincolo non comporta — se la volontà contraria non risulti in modo certamente manifesto — l'applicazione della clausola nel senso qui accolto e descritto. Né rileva, del resto, se l'obbligazione consista nel genere, perché indipendentemente dalla legge sul trasporto dei rischi, non la sola natura del vincolo dedotta dall'oggetto, ma il modo col quale la volontà s'è condotta per comporlo, induce per sé l'assunzione dei pericoli da parte dell'obbligato, se la volontà certa non abbia disposto altrimenti. La legge commerciale cioè in particolare maniera ordina (cod. comm. art. 61): e tale disposizione non ha nulla di speciale, ma s'informa tutta ad un concetto generale, che ha per ragion sua di essere la considerazione fatta dai contraenti sull'oggetto, e sulla formazione della volontà e quindi del vincolo in relazione ad esso. Se così non fosse, sarebbe minacciata gravemente la sicurezza delle contrattazioni; i diritti e le obbligazioni ne avrebbero continua incertezza, dannosa alle parti; dannosa all'interesse sociale, alla pubblica economia, ch'esige qual termine essenziale suo la sicurezza degli scambi, e dei rapporti giuridici costituiti.

Ma nella obbligazione di fare, e negli atti giuridici unilaterali, la volontà componente il rapporto contiene già in sé l'elevazione dei motivi a cagion giuridica del volere, nel senso che la considerazione dei mantenersi le circostanze di fatto nello stato in cui sono al momento in cui la volontà s'è formata, è determinante: qui non si tratta di volontà cedente sulla

teria prima: per fabbricarle doveva essere a mani della Morzenti.

Difatti essa stessa il 21 e il 27 maggio annunciò di aver spedito a Genova per l'imbarco per Calcutta ben 243 casse che erano a sua disposizione, e che non mise nella disponibilità di Cattaneo soltanto perché questi si ribellò alla ingiunzione di pagare per contanti, mentre il contratto lo facoltizzava al pagamento mediante accettazione a tre mesi. Non solo: ma la Morzenti confessa di avere disposto altrimenti delle dette 243 casse, consegnandole ad altro cliente che pagò per contanti. Non è possibile quindi parlare di impedimento assoluto di esecuzione, almeno per le prime 243 casse. Altrettanto è a dire delle altre 182 da spedirsi in giugno, perché per queste la Morzenti avrebbe dovuto, prima dello scoppio della guerra italo-austriaca, provvedersi la materia prima

dazione di una cosa, ma di un atto; e par quindi che se una volontà contraria non sia certa, quella dichiarata contenga in effetto la clausola descritta.

X. — E l'analisi fatta conduce ai risultati seguenti:

a) che nell'ordinamento della legge civile italiana, il caso fortuito o forza maggiore è modo di essere dello « stato di necessità », e quindi nei suoi elementi costitutivi esiste fuor della persona che invoca l'avvenimento come ragion liberatoria da vincolo costituito;

b) che il comportamento della persona in riguardo al caso non è elemento ch'entri a comporne la sostanza, ma concerne soltanto la *valutazione* dell'avvenimento rispetto alla persona che lo invochi;

c) che quindi l'impossibilità *relativa*, le difficoltà sopraggiunte dopo composto un contratto commutativo a effettuazione successiva, e pur superando quelle prevedute al momento della composizione del vincolo, non costituiscono caso: e il decreto luogotenenziale 27 maggio 1915 è soltanto misura eccezionale;

d) che la valutazione di queste difficoltà non può essere fatta neppure col ricorrere all'istituto di ragion comune della clausola *rebus sic stantibus*: la cui cagion di essere, ed il processo per darle efficacia, non rispondono agli ordinamenti attuali;

e) che neppure vale a ciò la dottrina della *presupposizione*, non rispondente alla concezione di *causa* ed alla distinzione fra *causa* e *motivo* come è accolta negli ordinamenti stessi;

f) che peraltro, argomentando da questa distinzione, e considerando la possibilità che il *motivo*, se così vogliono le parti nel contrarre, valga pure *causa*, e considerando pure che nei negozi unilaterali tale distinzione vien meno per la natura stessa dell'atto, è possibile la valutazione di quelle difficoltà, se la volontà espressa o tacita vi si riferisca;

g) che tuttavia, questo avviene in modo diverso, dovendosi tener presente l'ordinamento sul trapasso e l'assunzione dei rischi secondo la diversa materia dei contratti. Perché, nelle obbligazioni di *dare*, ancorché oggetto sia cosa in genere, la *volontà* com'è esclude l'apprezzamento di quelle difficoltà, ed occorre a ciò una volontà speciale, espressa sia o tacita; invece nelle obbligazioni di *fare*, l'apprezzamento di quelle difficoltà è già nel volere componenté il negozio, e ad escluderlo occorre una volontà contraria;

h) che negli atti unilaterali, compreso com'è il *motivo* nella *causa*, la permanenza delle condizioni di fatto esistenti al momento della formazione del negozio è nella volontà stessa, se il contrario non sia particolarmente voluto (6).

Prof. G. P. Chironi.

(6) Cons. e cfr. gli studi di Ostr, in *Riv. di dir. civ.*, 1912, p. 260. e segg. 1913, p. 471 e segg.; e in *Riv. di dir. comm.*, 1916, I; Dusi, in *Riv. di dir. comm.*, 1915, II, 148; COGLIOLO, in *La guerra e i contratti di appalto di pubbliche opere*, par. leg. (Roma, 1916) riprod. in vol. *La legislaz. di guerra*, Torino, 1916, p. 223 e segg. Ma v. POLACCO, in *Obbligazioni* (2<sup>a</sup> ed.) I, 272, in nota, e cons. pure LANDUCCI, *La lesione enorme nella compra e vendita* (*Atti dell'Istit. veneto*, 1916, pp. 1189-1253) in fine. In riguardo al concetto della clausola *rebus sic stant.*, v. App. Venezia 22 giugno 1916 (*Foro it.*, 1917, I, 50); App. Torino 7 luglio 1916 (*ibid.*, col. 117); Cass. Roma 24 ottobre 1916 (*ibid.*, col. 397), che pare più o meno esplicitamente l'ammettono: ma v. peraltro App. Venezia 15 ottobre 1916 (*ibid.*, col. 51).

onde av  
del con  
di giug  
invocar  
Si culz  
zenti s'  
che ovi  
suo cor  
accordi  
prima,  
guerra  
bilità :

As:

art. 15  
stituiti  
del ca  
di con  
possib  
pel de  
*maior*  
talora

M:

stata,

prese

oppo

mette

ma a

sforz

un n

tener

« a t

consi

rend

rend

stata

zion

I

stazi

cons

men

sare

vant

equi

]

inde

ave

Ino

dev

rati

e il

tro

var

in

cau

noi

pot

rei

no

l'a

ga

zi

de

sè

re