

RIVISTA

DI

DIRITTO CIVILE

DIRETTA DA

ALFREDO ASCOLI

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

PIETRO BONFANTE

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

CARLO LONGO

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

E. A. PORRO

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

ANNO IX = 1917



SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

MILANO - VIA AUSONIO, 22

1917



dell'enfiteuta di migliorare il fondo fosse *a priori* reso impossibile dallo *ius prohibendi* spettante ai comproprietarii contro ogni innovazione all'uopo progettata dall'enfiteuta, e quindi il negozio si manifestasse *ab initio* invalido per mancanza dell'oggetto contrattuale. Ma l'A. accogliendo il concetto della Corte, osserva che in questa argomentazione si parte da una premessa di impossibilità che non esiste; tutt'al più si potrà parlare di maggior difficoltà di regolare l'accennato caso di comunione; ma ad ogni modo le disposizioni legislative esistenti in questa materia sono sufficienti a disciplinarlo, tanto più che un'altra confusione hanno fatto i giudici di merito; quella tra migliori ed innovazioni, quasi che le une fossero necessariamente dipendenti dalle altre.

p. 698. Del Vecchio avv. E. *Gli art. 1155 e 1157 cod. civ. e la responsabilità del proprietario verso il conduttore per la rovina dell'edificio.*

[Nel n. 4, p. 570 della presente *Rivista*, anno 1916, demmo notizia di una sentenza della Corte d'appello di Genova, a senso della quale l'esonero di responsabilità disposto a favore del locatore dall'art. 1577 cod. civ. per danni arrecati al conduttore da ignorati vizi e difetti della cosa locata non esclude l'applicazione nei rapporti tra locatore e conduttore dell'art. 1155 stesso codice (responsabilità per danni derivanti dalla rovina dell'edificio; e segnalammo l'opinione contraria del prof. Degni in una nota annessa alla sentenza). Contro le argomentazioni di questo scrittore ed a favore della soluzione (se non della motivazione certamente imperfetta) della sentenza polemizza l'A. dell'attuale studio, che è fatto con molta intelligenza ed acume. Egli svolge sostanzialmente la tesi opposta o quella sostenuta dal Degni: la tesi cioè che gli art. 1155 e 1157 cod. civ. prevedano e disciplinino due ipotesi di fatto diverse: il primo i danni prodotti dalla *rovina*, il secondo i danni prodotti dai *vizi o difetti* della cosa locata].

CARLO LONGO.

Sulla guerra come caso di forza maggiore

DI

MARIO RIOCA-BARBERIS

professore nell'Università di Sassari

1. La disposizione dell'art. 1.° del decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, n. 739, per la quale la guerra, a tutti gli effetti dell'art. 1226 cod. civ., deve considerarsi come caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, ha sollevato critiche multiformi e altrettanto acute ed autorevoli quanto aspre. La disposizione parve anzitutto difettosa nella forma, perchè la guerra, una volta ammesso che «sia caso di forza maggiore, avrebbe dovuto essere dichiarata tale indipendentemente dal modo in cui agisce sull'adempimento dell'obbligazione e quindi qualunque sia il modo in cui si manifesta come causa di inadempimento; onde non potrebbe più non essere caso di forza maggiore anche se, invece di rendere impossibile, rendesse semplicemente più oneroso l'adempimento di un'obbligazione; e d'altra parte, in questa seconda ipotesi, la guerra, pur essendo dichiarata caso di forza maggiore, per la forma della dichiarazione, dovrebbe non poter più avere gli stessi effetti che nella prima, perchè, ove la prestazione sia semplicemente diventata troppo onerosa, la disposizione del codice civile, a cui il decreto si riferisce, non libera il debitore.

Ma queste critiche, sebbene sulle prime possano colpire per la loro acutezza, non hanno fondamento, o per lo meno sono eccessive. La forma della disposizione potrà bensì prestarsi ad equivoci, i quali sono tanto più da prendersi in considerazione in quanto vi cadono egualmente interpreti valorosi ed autorevoli; ma gli equivoci

non cessano di essere tali; e quando la disposizione venga esaminata più da vicino, i difetti che le vengono rimproverati, risultano inesistenti. Anzitutto, come avremo occasione di mettere in luce in seguito, allorché si afferma essere la guerra caso di forza maggiore, non si pretende che debba essere senz'altro, bensì nel concorso di certe condizioni. Ove poi queste condizioni si determinano in modo diverso dal codice civile, gli effetti del medesimo previsti hanno luogo non già nel concorso delle condizioni da esso determinate, bensì delle nuove condizioni stabilite; onde per il fatto che la disposizione del decreto usa l'espressione « agli effetti del codice civile », non si deve concludere che il debitore venga liberato solo quando sia impedito dall'effettuare la prestazione: ma che egli è liberato anche quando si verifichi una condizione nuova e la prestazione sia divenuta per lui eccessivamente onerosa.

Quando gli effetti di una disposizione devono avverarsi secondo una condizione nuova, si determinano non più in base alla prima disposizione, ma in base a quella successiva che la modifica. Diversamente, il decreto verrebbe a dire soltanto questo: che gli effetti previsti dal codice civile hanno luogo quando si avverano le condizioni stabilite dal codice stesso, o che il debitore è liberato quando il codice riconosce la sua liberazione: il che non solo è tautologico, ma anche contrario al significato delle parole usate dal decreto. Il legislatore non soltanto ha voluto dire ma ha effettivamente detto ciò che si ammette essere stata sua intenzione. È il concetto del decreto viene espresso in modo del tutto equivalente, se anche in forma indubbiamente più scorrevole, più semplice e più chiara, col dire che il debitore inadempiente non è tenuto a risarcimento di danni tanto se in conseguenza della guerra è impedito, dall'adempire la prestazione, quanto se, per la stessa causa, questa è divenuta eccessivamente onerosa.

2. Del resto, fin qui le critiche non riguardano che la forma della disposizione e perciò non hanno grande importanza. Ben più gravi e degne d'attenzione sono invece quelle che concernono la sostanza, perchè contrastano coll'approvazione che la disposizione trova in altri scrittori (1). Dal momento poi che questa, se anche

(1) Belotti, *Sulla legislazione commerciale della guerra*, in *Riv. del dir. comm.*, XIII, 1, pag. 582; Donetti, *La moratoria nel decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, n. 739 per le dilazioni ai pagamenti per cause derivanti dalle condizioni di guerra*, in *Riv. delle società comm.*, V, pag. 580, n. 6; cfr. pure lo stesso Donetti, *Il nuovo decreto luogotenenziale 25 luglio 1915, n. 1443 contenente le norme per l'esecuzione del precedente decreto 27 maggio 1915, n. 739 per le dilazioni ai pagamenti per cause derivanti dalle condizioni di guerra: note giuridiche ed appunti pratici*, ivi, pag. 660, n. 1.

non ci è invidiata dalla dottrina straniera, è proposta ad esempio, mentre qualche altro legislatore si accinge ad imitarla (1), non è forse impossibile scagionarla dalle critiche che le furono mosse, e ad ogni modo è tutt'altro che inopportuno soffermarci su di essa. Le critiche, prescindendo da quelle meno importanti, a cui del resto non mancherà l'occasione di rispondere incidentalmente, vertono su tre punti: prima di tutto, sull'aver equiparato l'eccessiva onerosità della prestazione alla vera e propria impossibilità della medesima, esonerando il debitore non dalla prestazione originaria, ma dal risarcimento dei danni: secondariamente, sull'aver con quell'equiparazione preso a guida un concetto soggettivo, quale è quello della difficoltà; in terzo luogo, sul non avere determinato le conseguenze che la liberazione di una parte deve produrre sull'obbligazione dell'altra nel contratto bilaterale.

Dal primo punto di vista si è osservato che nella nostra legge non mancavano altri rimedi per sovvenire il debitore eccessivamente onerato e che, limitandosi il decreto ad esonerarlo dal risarcimento dei danni, meglio conveniva tacer del tutto su così delicato argomento e lasciar libero corso all'attività dei giudici, senza pretendere di dettar loro direttive che, o sono una inutile ripetizione degli art. 1225 e 1226, o mettono pastore e creano difficoltà insospettite (2).

Dal secondo punto di vista si è asserito essere bensì fuor di dubbio che la disposizione in esame modifica i principii del codice

(1) Wahl, *La législation civile de la guerre du 1^{er} avril au 10 décembre 1915*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, XIV, pag. 721, e nota alla sentenza 4 agosto 1915 della Cassaz. di Parigi, n. 3, in *Journal du Palais*, 1916, 1, pag. 18. Sulle ulteriori vicende del progetto Fallot, vedi lo stesso Wahl, *La législation civile de la guerre du 11 décembre 1915 au 30 juin 1916*, in *Revue trimestrielle cit.*, XV, n. 92, pag. 261-263.

(2) De Ruggiero, *Leggi di guerra nel diritto privato italiano*, in *Diritto e giurisprudenza*, XXXI, 1, col. 171-193. La medesima obiezione o, per dir meglio, l'obiezione derivante dalla previsione del solo risarcimento dei danni da parte del legislatore, si affaccia pure il Donetti, *La moratoria*, ecc., loc. cit.; ma egli la supera allegando essere un danno anche la mancata prestazione.

L'Ascoli invece ammette che il debitore esonerato dal risarcimento dei danni in realtà è liberato dall'obbligazione, ma per la supposizione da cui parte il legislatore nell'alludere a questa liberazione (*Forza maggiore: note di giurisprudenza in Riv. di dir. civ.*, VIII, pag. 797). Che la disposizione del decreto, diversamente da quanto ritiene il De Ruggiero, e, come lui, il Petrone (*La guerra ipotesi di forza maggiore*, n. 23, in *Temi lombarda*, IX, col. 580), introduca una vera e propria novità nelle nostre leggi, è affermato dal Manfredi, *I decreti luogotenenziali 27 maggio e 20 giugno 1915, e i contratti aventi rapporto con pubblici servizi ed opere pubbliche*, in *Giur. it.*, 1917, I, 1, n. 1, col. 48.

civile sul caso fortuito o di forza maggiore, perchè l'onerosità è qualità indubbiamente personale e ciò che è oneroso per un debitore può non essere per un altro. Ma si soggiunge che la disposizione per cui la guerra è considerata caso di forza maggiore anche quando rende soltanto eccessivamente oneroso l'adempimento dell'obbligazione, fa omaggio alla teoria dell'impossibilità soggettiva solo in via transitoria, e che per buona fortuna essa deve considerarsi come una temporanea e parziale concessione a questa teoria; onde non solo non importerebbe l'accettazione, sia pure a titolo di esperimento e limitatamente al periodo della guerra, di un principio nuovo, ma formerebbe semplicemente un beneficio equitativo che il legislatore avrebbe concesso ai debitori anteriori alla guerra (1).

Dal terzo punto di vista si è allegato che il decreto luogotenenziale lascerebbe in dubbio se il debitore possa senz'altro sospendere l'adempimento della prestazione diventata troppo onerosa, o se debba invitare prima privatamente o giudizialmente l'altra parte a sobbarcarsi ad un congruo aumento di corrispettivo. Poichè le modalità di un tale procedimento non sono indicate, esso non si dovrebbe poter ammettere. Piuttosto, una volta che il debitore è inadempiente, il creditore dovrebbe poter chiedere lo scioglimento del contratto, come, per un decreto che avremo occasione di ricordare, avverrebbe per gli affitti. Così stando le cose, il decreto luogot. 27 maggio 1915, n. 738, avrebbe per conseguenza di invertire la situazione derivante dall'applicazione della tacita clausola *rebus sic stantibus*, e mentre per questa clausola la risoluzione del contratto in causa di mutamenti di circostanze di ambiente verrebbe chiesta dal debitore, secondo il decreto suaccennato essa dovrebbe chiedersi dal creditore (2).

Come già si era osservato (3), la clausola implicita *rebus sic stantibus*

(1) Ascoli, *La guerra come causa di forza maggiore: note di giurisprudenza*, in *Riv. di dir. civ.*, VIII, pag. 247; dello stesso cfr. pure loc. cit. alla nota precedente, pag. 793. Diversamente, Belotti, loc. cit., il quale ritiene che la disposizione del decreto abbia i suoi precedenti nell'elaborazione della dottrina anteriore alla nostra guerra, e sia destinata a lasciare larga traccia nella legislazione anche a pace chiusa.

(2) Segre, *Sulle questioni riguardanti l'obbligo del risarcimento assunto dal locatore in relazione alla legislazione attuale di guerra e alla clausola « rebus sic stantibus »* (estratto dalla *Riv. del dir. comm.*, XIV, parte II), Milano 1916, n. 4, pag. 9-10; cfr. n. 13, pag. 28-29.

(3) Segre, *Su alcuni provvedimenti in materia di diritto privato emessi in occasione della guerra* (estratto dalla *Riv. del dir. comm.*, XIII e XIV, parte I), Milano 1916, n. 14, e, pag. 44-45; cfr. n. 14, d, pag. 42. Evidentemente per equivoco il Carrara afferma aver il legislatore disposto che la guerra è causa di rescissione

tibus ha per effetto di rendere nullo il contratto, ogni qualvolta l'utilità che le parti si ripromettono sia venuta meno per l'una o per l'altra di esse, o peggio si sia convertita addirittura in un pregiudizio economico. Ora il decreto non avrebbe stabilito se la guerra possa o meno determinare l'annullamento di un contratto in base all'applicabilità di tale clausola. Da un lato ciò vorrebbe dire che il principio fondamentale dell'irrevocabilità del contratto non deve essere scosso mediante l'ammissione di volontà implicite, perchè le parti possono benissimo aver voluto che gli obblighi contrattuali persistano indipendentemente dalle imprevedibili mutazioni dell'ambiente entro il quale ebbe vita il contratto. Ma dall'altro lato quel silenzio non significherebbe che la risoluzione del contratto non possa pronunciarsi. E il legislatore, astenendosi dal regolarla, lascerebbe che si applichi il principio dell'art. 1165 cod. civ., in modo che la risoluzione, la quale in linea astratta avrebbe potuto essere unilaterale o bilaterale, assoluta e ad arbitrio o subordinata a certe condizioni, dovrebbe aver luogo ad istanza del creditore che ha adempiuto alla sua obbligazione.

3. Riguardo al primo punto, è bensì vero che il decreto equipara l'eccessiva onerosità della prestazione alla vera e propria impossibilità della medesima limitandosi a liberare il debitore — la cui prestazione non sia solo stata resa impossibile, ma sia anche divenuta eccessivamente onerosa in conseguenza della guerra — dal risarcimento dei danni, anzichè dalla prestazione originaria. Ma ciò fa unicamente in quanto richiama la disposizione del codice civile il quale, nel caso di forza maggiore, afferma precisamente che il

del contratto: *La guerra come caso di forza maggiore in relazione ai decreti luogotenenziali 27 e 30 maggio e 30 giugno 1915*, in *Riv. delle società comm.*, V, pag. 658, n. 7. Si potrebbe affermare che la rescissione è ammessa implicitamente, perchè se il decreto 30-giugno 1915, n. 890, nega ai contraenti colle pubbliche amministrazioni la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto per le nuove condizioni create dallo stato di guerra, ciò vuol dire che col precedente decreto 27 maggio 1915, n. 739, ad esse relativo, il legislatore ha precisamente voluto alludere a detta risoluzione (Ascoli, *Forza maggiore*, ecc., pag. 798). Ma anche questo argomento — sebbene il più forte di quelli a sostegno della tesi in questione — non regge, perchè colui che lo adduce si riferisce al caso particolare di una locazione di cose, e in linea generale non esita a riconoscere egli stesso che la liberazione del debitore può essere, come può non essere, causa di risoluzione di un contratto. Ora, trattandosi di una conseguenza eventuale del decreto, essa non può senz'altro esser attribuita al medesimo, oltre ad aggiungere che le conseguenze implicite di una disposizione, anche se necessarie, derivando da essa indirettamente, non si possono confondere con ciò che la medesima stabilisce in modo diretto.

debitore non sarà condannato a tale risarcimento (art. 1225, 1226 cod. civ.). Pertanto, se la critica fosse fondata, dovrebbe dirigersi al codice.

Senonchè, neppure in questa direzione, essa non regge. Infatti, poichè in tutte le obbligazioni il risarcimento dei danni è preteso dal creditore ogni qualvolta l'obbligazione non sia adempiuta esattamente (art. 1218 cod. civ.), esso non è che l'equivalente in denaro della prestazione originaria, onde il debitore che è liberato dal risarcimento dei danni cessa di essere in qualsiasi modo obbligato e l'espressione che egli non è tenuto a risarcimento significa che è liberato dall'obbligazione.

Ciò premesso, la disposizione del decreto luogotenenziale, sebbene lungi dall'essere una ripetizione degli artt. 1225, 1226, come si pretende, non urta affatto nelle difficoltà supposte. Riguardo al primo argomento, è anzi chiaro che la disposizione in esame apporta un'innovazione ai principi del codice civile. Ciò è bensì in contrasto con un disposto della Corte di Cassazione di Firenze, la quale ancora dopo la promulgazione del decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, n. 739, decideva come se questo non fosse intervenuto, affermando che gli eventi di forza maggiore e i casi fortuiti, i quali non impediscono, ma soltanto aggravano l'esecuzione del contratto, sia pure rendendola straordinariamente onerosa, non valgono ad esonerare il debitore inadempiente dall'obbligo del risarcimento dei danni (1). Ma poichè, come giustamente si rileva (2), la Corte di Cassazione enuncia tale massima senza fare il benchè menomo cenno del decreto, l'innovazione da questo introdotta appare più ignorata che disconosciuta.

4. Piuttosto questa potrebbe essere messa in dubbio dal punto di vista opposto. Così, mentre si potrebbe ritenere essersi affermato che, nonostante il decreto, la forza maggiore consista in una vera e propria, impossibilità di adempiere, si potrebbe allegare che anche senza di esso la guerra avrebbe costituito forza maggiore ogni

(1) Sentenza 17 gennaio 1916, in *Diritto commerciale*, 1916, 2, pag. 349. Pur riconoscendo l'innovazione del decreto 27 maggio 1915, e non senza escludere la esistenza dell'onere eccessivo richiesto dal decreto stesso, per il fatto che questo si riferirebbe al solo risarcimento dei danni, riafferma essere il debitore liberato solo quando l'esecuzione di una prestazione sia diventata impossibile, la Corte d'appello di Torino, colla sentenza 7 luglio 1916, in *Mon. trib. mil.*, 1917, pag. 54, e per il testo anche pag. 55. Cir. Trib. Firenze 8 luglio 1916 in *Dir. comm.*, 1916, 2, pag. 863.

(2) Bollero, *Alcune distinzioni sulla forza maggiore*, in nota alla sentenza di cui si tratta, loc. cit. alla nota precedente, pag. 358.

qualvolta determini una pura e semplice difficoltà di adempimento. Se la prima tesi si potrebbe in certo modo attribuire alla giurisprudenza, la seconda ha trovato un fautore nella dottrina. Infatti, si è sostenuto che il decreto 27 maggio 1915, n. 739, non è altro che la traduzione in legge di un principio, che, sia pure faticosamente, erasi già introdotto nel diritto comune, e poteva anzi dirsi prevalente, perchè anche secondo il diritto comune, che è poi il codice civile, l'eccezione onerosità della prestazione corrisponderebbe all'impossibilità della medesima e darebbe perciò luogo alla facoltà di sottrarsi all'adempimento dell'obbligazione (1).

Ma nemmeno questa tesi può essere accolta, perchè, come la giurisprudenza ha ecceduto in un senso, la dottrina eccede nell'altro. Se il decreto luog. 27 maggio 1915, n. 739, non facesse che esprimere un principio del diritto comune, esso sarebbe stato inutile. Ora l'interprete non può partire dal principio che il legislatore abbia fatto opera vana. Ammessa poi anche l'opportunità della disposizione volta a dare espressione giuridica a ciò che già si praticava di fatto, non si può concludere che il principio da essa accolto esista nel diritto comune, perchè in tal caso sarebbe stata formulata in relazione a tutti i fatti in genere da cui può derivare una difficoltà di adempimento, e non in relazione a quello speciale della guerra. La circostanza che essa si riferisce solamente a questo fatto speciale è la prova più evidente del suo carattere innovativo.

Senza l'innovazione apportata dal decreto il giudice non avrebbe potuto attribuire alla guerra un effetto liberatorio che quando essa avesse reso materialmente impossibile l'adempimento dell'obbligazione, mentre con quell'innovazione il giudice può riconoscere la liberazione del debitore anche quando l'adempimento sia semplicemente diventato più oneroso. Essa offre quindi al giudice una possibilità che egli prima non aveva, gli apre cioè un nuovo campo: mentre il valutare quando l'onerosità esista entra nell'apprezzamento dei fatti.

(1) Cogliolo, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale con una parte speciale sopra la colpa, i danni, la forza maggiore*, Torino 1916, n. 45, pag. 103-107. La medesima massima ebbero ad adottare in Italia la Cassaz. di Torino colla sentenza 20 giugno 1916, in *Dir. comm.*, 1916, 2, pag. 955, e la Corte d'appello di Parma colla sentenza 12 agosto 1915, in *Riv. del dir. comm.*, XIV, 2, pag. 46, e per la motivazione specialmente pag. 48; in Francia il Trib. di commercio di Tolosa, nella sentenza 8 giugno 1915 ricordata da Wahl al n. 3 della nota cit. pag. 17, e il Trib. di Loches, nella sentenza 21 gennaio 1915 riassunta dal Denogues, *Jurisprudence française en matière de droit civil*, n. 13, in *Revue trimestrielle*, XIV, pag. 514-515.

5. Quest'ultimo principio deve essere tenuto presente, in quanto avrebbe pure dovuto prevenire la seconda parte della critica in primo luogo mossa al decreto e (se ad un'opinione autorevole può essere contrapposto un avviso modesto) serve a toglierle ogni fondamento. Premesso che la guerra può costituire forza maggiore secondo le circostanze e secondo la natura dei rapporti, è parso che questo concetto appartenesse alla dogmatica, mentre il determinare i caratteri di un evento e stabilire, caso per caso, quando possa valere come causa estranea e non imputabile all'obligato spetterebbe alla scienza del diritto o giurisprudenza pratica. Così in concreto ben potrebbe accadere che la medesima guerra non valga punto come forza maggiore per uno che prende parte diretta ai fatti d'arme o si trova nel territorio delle operazioni militari, e valga invece per un altro che non vi partecipa e si trova mille miglia lontano.

Inoltre, dove e quando essa valga quale forza maggiore, l'invocarla dovrebbe giovar di regola a tutti i fini, dovrebbe cioè ripercuotersi sui vari effetti che nella obbligazione ordinariamente subiscono l'influenza di un caso di forza maggiore: volta a volta essa varrebbe adunque per esonerare il debitore dalle conseguenze della mora, se l'inadempimento sia soltanto temporaneo, o lo libererebbe dal vincolo se l'inadempimento sia definitivo. Esprimere i vari casi con una regola generale non sarebbe possibile, appunto perchè ogni singola obbligazione si comporta diversamente; e basterebbe pensare, per renderne conto, alle obbligazioni di genere e a quelle di cosa certa e determinata, alle obbligazioni di dare e a quelle di fare, alle obbligazioni aventi tratto successivo ed a quelle con prestazione unica.

Il modo stesso e la causa, donde promana la impossibilità dell'adempimento, sarebbero svariatisimi: una difficoltà insuperabile di provvedere alla consegna delle cose per impedimento nell'uso dei mezzi di trasporto, come una impossibilità di procacciarsi le cose per un divieto di esportazione o di importazione; la impossibilità di una prestazione personale per chiamata alle armi dell'obligato o del creditore, come quella di eseguire un'opera per occupazione militare del territorio; un divieto di alienare o di commerciare, come una straordinaria difficoltà di trovar credito o di realizzare titoli o di liquidare depositi bancari. E si potrebbe continuare all'infinito.

Ora, poichè la qualità di caso di forza maggiore dipende dalle circostanze concrete, il decreto che dichiara tale la guerra, avrebbe, con un colpo di spada, reciso ogni questione ed eliminato ogni indagine su tutti o quasi questi punti, molto delicati, ma sempre

decisivi per una perfetta giustizia. E se con ciò ha creduto di semplificare, l'effetto suo non può essere che una violenza ed una ingiustizia (1).

6. A questa aspra critica già accennammo doversi contrapporre il principio sovra formulato, che la determinazione del caso fortuito nelle singole fattispecie rientra nell'apprezzamento delle circostanze. Invero, una volta fatto salvo questo apprezzamento, quella critica, per quanto suggestiva, viene a mancare di base, perchè il giudice, invece di essere obbligato, può sempre ammettere o non ammettere l'esistenza del caso fortuito. Orbene, anche a stregua del decreto e nonostante esso, i caratteri del caso fortuito possono essere ravvisati o meno nei singoli fatti dalla giurisprudenza, per cui il decreto, lungi dal menomare la libertà di apprezzamento, lascia aperta la via ad ogni indagine in proposito. Adunque, se è vera la premessa, e cioè che l'applicazione del concetto della guerra quale possibile caso fortuito, o, come si potrebbe anche dire, che l'eventuale applicazione del concetto di caso fortuito alla guerra, è compito della giurisprudenza pratica, non è vera la conseguenza che se ne trae, e cioè che col decreto il legislatore abbia usurpato le funzioni del giudice e la legge si sia sostituita all'apprezzamento dei fatti.

Il decreto, ancorchè non usi l'ausiliare *potere*, stabilisce puramente che la guerra *può*, secondo le circostanze e secondo la natura dei rapporti giuridici, costituire caso di forza maggiore. Infatti, ove il legislatore formula un concetto, non dispone perciò solo che l'applicazione debba esserne incondizionata. Egli ne delinea gli estremi, salvo sempre al giudice di esaminare se nella fattispecie essi ricorrono o meno.

Il decreto stabilisce, è vero, che la guerra *deve* considerarsi come caso di forza maggiore; ma il verbo « *deve* » non è usato nel senso di *necesse est*, bensì in quello di *oportet*: non è usato nel senso di un dovere assoluto, bensì di un dovere relativo alla persona a cui è attribuita una funzione, e quindi di un dovere esistente in conformità della funzione stessa. Colla disposizione in tal modo concepita il legislatore non intende di affermare che la guerra debba senz'altro essere un caso di forza maggiore, ma permette al giudice di decidere che nella fattispecie essa lo sia e perciò valga a liberare un obbligato. Egli non va oltre, e limitandosi a riconoscere

(1) De Ruggiero, loc. cit., col. 186.

una possibilità, non ha esorbitato. Se il concetto di caso fortuito appartiene alla dogmatica, non v'ha dubbio che egli poteva consacrarlo.

7. La critica mossa al decreto presuppone che questo stabilisca ciò che nessun legislatore può essersi sognato di disporre e che colui stesso dal quale la critica muove esclude essere stato nell'intendimento dell'autore del decreto, e cioè che la guerra valga a liberare tutti i debitori indistintamente dalle obbligazioni contratte prima di essa. Invece il decreto, lungi dal forzare le circostanze in modo così perentorio, permette al giudice di attribuire o meno alla guerra il carattere di forza maggiore a seconda delle circostanze stesse e appunto perciò la critica che ad esso viene rivolta poggia su un equivoco.

Questo è derivato da ciò che il decreto medesimo stabilisce doversi la guerra considerare come caso di forza maggiore anche quando renda più difficile l'adempimento di un'obbligazione. Ma la condizione a cui si subordina il riconoscimento del caso di forza maggiore nella guerra, non deve indurre in errore, perchè è unicamente la conseguenza del fatto che il legislatore, formulando un concetto, deve determinarne gli estremi.

È bensì vero che, di fronte all'infinita varietà dei casi che si possono presentare, qualche scrittore ritiene inutile o impossibile dare una nozione esatta del caso fortuito e preferisce lasciarlo determinare volta per volta dal magistrato (1). Ma giustamente si è osservato che con ciò si cade in un eccesso, e si potrebbe aggiungere che quest'eccesso non è meno ingiustificabile di quello opposto, erroneamente attribuito al decreto. Infatti, ammettendo pure che debba essera affidato al giudice il compito di determinare volta per volta se esistano gli estremi del caso fortuito, e cedendo essere fatalmente fallace e vano lo sforzo del giurista il quale, non pago dell'esempio che viene dalla scolastica medioevale, ancora ricercasse le note obiettive e fisse che caratterizzano il caso fortuito e ne tentasse una classificazione: sempre è certo che il criterio da seguire per decidere se nel fatto concreto vi abbia o no caso fortuito, deve essere stabilito e determinato dalla dottrina. Se questo o quell'avvenimento sia a ritenersi caso

fortuito, è questione di fatto; ma quali requisiti sieno necessari perchè possa considerarsi tale è questione di diritto (1).

Adunque non importa che questi requisiti consistano nell'impossibilità assoluta di adempiere o nella semplice difficoltà. Poichè dipende sempre dal giudice di ricercarne l'esistenza, e quindi l'ammettere il caso di forza maggiore o meno, il legislatore può benissimo determinare i requisiti stessi in un modo piuttosto che nell'altro. Comunque li delinei, egli rimane sempre nel medesimo campo. E ancorchè li riponga nell'eccessiva onerosità, seguita a legiferare intorno a ciò cui provvedeva prima esigendo una vera e propria impossibilità e non impedisce mai al giudice di ravvisare o meno nella guerra un caso di forza maggiore. Essa, diventando causa di liberazione di un obbligato quando dia luogo ad una semplice difficoltà di adempiere, seguita ad essere, o meno, un caso di forza maggiore a seconda delle circostanze.

8. Così, per addurre i medesimi esempi di colui da cui parte la critica che abbiamo cercato di ribattere, ad ammettere o respingere come scusante dell'inadempimento il fatto della guerra, il giudice dovrà esaminare se in quel dato caso essa fu o poteva essere preveduta, se clausole siansi convenute rispetto ad essa, se la diligenza impiegata per prevedere gli eventi sfavorevoli e provvedere alle loro conseguenze sia stata conforme o no a quella che nel rapporto concreto si esigeva. Ferma la premessa che la guerra è o meno caso di forza maggiore secondo le circostanze, ciò che l'autore adduce in seguito non può più essere contrapposto a ciò che precede, perchè, dato anche che la guerra sia caso di forza maggiore quando renda difficile l'adempimento dell'obbligazione, non basta che essa non sia ancora scoppiata perchè debbasi senz'altro ammettere la sua non previsione da parte dei contraenti; come non basta che la guerra sia in atto, perchè si debba concludere che essa fu preveduta e presa a calcolo.

Invece, secondo il medesimo autore, il decreto avrebbe precisamente per effetto di attribuirle incondizionatamente la virtù di liberare il debitore nella prima ipotesi, e di negarle a priori tale virtù nella seconda. Egli argomenta soprattutto dalla dichiarazione che la guerra è considerata forza maggiore « purchè l'obbligazione « sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione

(1) Chironi, *La colpa nel diritto civile moderno (colpa contrattuale)* (2^a ediz.), Torino 1897, n. 686; Coviello N., *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano 1895, cap. I, § 2, pag. 10-11.

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, XVI (4^a ediz.), Bruxelles 1887, n. 264, pag. 325-326.

« generale ». E da tale statuizione induce logicamente che, mentre il giudice è tenuto ad ammettere senz'altro la presente guerra come scusante dell'inadempimento di un'obbligazione contratta prima del 22 maggio 1915, egli non possa più ammetterla per quelle contratte dopo.

Ora ciò non è assolutamente. Come il giudice non è tenuto ad ammettere senz'altro la guerra come causa di liberazione dalle obbligazioni contratte prima del 22 maggio 1915, così non deve senz'altro escluderla per quelle assunte dopo, perchè ad esse, se non si applica la disposizione speciale del decreto luogotenenziale, si applica pure sempre la disposizione generale del codice civile, onde l'unica differenza si riduce a ciò che, mentre per le obbligazioni assunte prima del 22 maggio 1915 la guerra è ammessa come caso di forza maggiore in quanto renda anche solo eccessivamente oneroso l'adempimento dell'obbligazione, per quelle assunte dopo, la guerra non libera il debitore che in quanto abbia reso impossibile tale adempimento. Il che è anche giusto, perchè, quando l'obbligazione è stata assunta dopo che la guerra era in atto, questa non può non essere entrata nella previsione delle parti. Comunque sia di ciò, in entrambi i casi il giudice può riconoscere nella guerra il carattere di una forza maggiore.

In tal senso, del resto, si pronuncia la maggioranza degli interpreti (1).

9. Riconosciuta nella guerra l'efficacia di liberare il debitore ogni qualvolta, in conseguenza di essa la prestazione sia diventata eccessivamente onerosa, potendo sembrare che nella misura in cui la prestazione non è tale, il debitore rimanga tenuto, si presenta la questione oltre quali limiti egli sia liberato. La questione presuppone che entro certi limiti la sua obbligazione persista e che egli non sia liberato senz'altro. Prima del decreto luogotenenziale 8 marzo 1917, n. 403, concernente l'obbligo assunto dai proprietari di immobili urbani di provvedere al riscaldamento, essa sembrò sorgere ed è stata sollevata riguardo al locatore tenuto al riscaldamento dell'alloggio del conduttore, perchè, anche indipendentemente da tale decreto, la dottrina e la giurisprudenza erano d'accordo nel ritenere che il decreto 27 maggio 1915, n. 739, di cui riconosce-

(1) Segrè, *Su alcuni provvedimenti*, ecc., n. 14 b, p. 40; Ascoli, loc. cit.; Cogliolo, loc. cit., il quale ultimo però, come abbiamo visto, disconferisce la differenza fra il decreto luogotenenziale e il codice civile ammettendo che, anche secondo il codice civile, l'eccessiva onerosità della prestazione corrisponda alla impossibilità della medesima.

vano l'applicabilità tanto alle materie civili quanto alle materie commerciali, si applicasse al caso di quel locatore, e perchè, senza la nuova dichiarazione legislativa, questi, almeno secondo ciò che si pensava, entro certi limiti avrebbe sempre potuto essere obbligato.

Ora a proposito dell'applicazione del decreto 27 maggio 1915, n. 739, una volta ammessa l'eccessiva onerosità della prestazione per effetto della guerra e la conseguente liberazione del locatore, si ritiene che, in forza del decreto stesso, logicamente tutte le maggiori spese del riscaldamento dovessero gravare sul conduttore (1). Questa deduzione non è soltanto tratta colle apparenze di logica stringente e con grande copia di argomenti; ma è anche giusta di fronte alle considerazioni del Trib. di Torino a cui venne contrapposta. Ciò non toglie che, supponendo invece un contratto in cui, nonostante l'eccessiva onerosità della prestazione, l'obbligo del debitore persistesse, sia pure solo in certi limiti, una parte del maggior onere potesse benissimo esser messa a carico del medesimo, e che il Trib. di Torino, seguendo questa via, abbia intravisto un principio che, ove si prescindendo dall'applicazione fattane al caso concreto e lo si consideri astrattamente, è esatto (2). Così, anche non tenendo conto della ripartizione delle maggiori spese di riscaldamento fatta dal Tribunale, la quale, mancando di fondamento, rimane sempre arbitraria, non si può non arrivare alla formulazione di un modo nuovo di concepire il caso fortuito.

10. Da parecchie parti è stato messo in luce, ma non mai abbastanza, il carattere relativo di questo concetto. Mentre la dottrina medievale si sforzava di fissare in modo obbiettivo gli estremi del caso fortuito, è oramai riconosciuta l'inutilità di questi sforzi. Allorquando si afferma che caso fortuito è un avvenimento che non si può prevedere o che, se anche si fosse potuto prevedere, non si sarebbe potuto evitare, si cade in un'inutile circinlocuzione, perchè da un lato ciò che non si può prevedere non si può neppure evitare, e dall'altro ciò che non si può evitare non si può neppure prevedere. La circinlocuzione per lo più appare inutile solo dal primo lato, ma essa non lo è meno dal secondo. Ad ogni modo è meglio esaminare separatamente i due concetti su cui poggia la nozione di caso fortuito.

(1) Segrè, *Sulle questioni*, ecc., n. 11, pag. 21-22.

(2) Sentenza 16 marzo 1916, in *Riv. del dir. comm.*, XIV, 2, p. 622 e per il testo più precisamente a pag. 647-648.

Si afferma che caso fortuito o di forza maggiore è l'avvenimento che non si può prevedere. Ma la stessa legge ci fornisce esempi di casi fortuiti preveduti (art. 1621, cod. civ.). E anche quelli che per la legge non sono tali possono essere stati preveduti da chi assume un'obbligazione. Nulla impedisce ad es. che il fatto della guerra sia stato espressamente contemplato in un contratto e che le parti abbiano stabilito che le obbligazioni reciprocamente assunte debbano essere adempite nonostante l'eventuale avverarsi di esso.

Si afferma allora che caso fortuito o di forza maggiore è l'avvenimento che non si può evitare. Ma tutti i casi fortuiti egualmente possono essere evitati. Sulle prime quest'affermazione pare assurda, perchè, se vi sono dei casi fortuiti che si possono sino a un certo punto evitare, come il fulmine colla collocazione di un parafulmine, l'inondazione colla costruzione di un argine, ve ne sono altri assolutamente inevitabili. Un terremoto, ad es., non può in alcun modo essere evitato. Lo stesso deve pure dirsi della guerra.

A questo proposito giova però prevenire un possibile equivoco. La guerra è un urto di popoli, dovuto a volontà collettive. Ora, se dal punto di vista politico si può discutere se quest'urto sia evitabile o meno, dal punto di vista individuale, essendo esso dovuto ad una volontà collettiva superiore alle volontà individuali, è assolutamente inevitabile.

Ciò premesso, anche i casi fortuiti che a tutta prima appaiono meno evitabili, come il terremoto e la guerra, in realtà debbono sempre considerarsi tali, perchè giuridicamente parlando, quando si afferma che un fatto è evitabile o meno, non si intende già di alludere alla possibilità di evitare il suo avverarsi nella realtà oggettiva, bensì a quella di prevenire gli effetti che da esso derivano riguardo al soggetto che è tenuto all'adempimento di una obbligazione. Così ad es. nulla è oggettivamente più inevitabile del terremoto. Eppure il crollo di una casa in conseguenza di esso può benissimo andare a carico del costruttore, se il committente ha pattuito che la costruzione dovesse esser fatta col sistema di architettura invalso presso i popoli continuamente soggetti a movimenti tellurici, come i giapponesi, e comunque in modo da resistere alle scosse di una determinata entità.

Un altro esempio ci offre precisamente la guerra, che in sé e per sé non è meno inevitabile del terremoto, perchè anche qui un negoziante può benissimo impegnarsi verso la sua clientela a fornire certe merci, come ad es. del carbone, in ogni eventualità, e quindi anche nonostante il sorgere di un conflitto fra popoli. Egli dovrà in

tale caso fare acquisti in precedenza e tenere sempre nei magazzini una certa quantità di merce, in modo che, avvenendo un'interruzione nelle comunicazioni per lo scoppio di una guerra, egli sia in grado di fornire egualmente la merce in questione. Niun dubbio quindi che anche gli effetti che la guerra può avere sull'adempimento delle obbligazioni sono evitabili.

11. Con ciò i due concetti tradizionali dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità sono dimostrati fallaci. Essi apparirebbero insufficienti a caratterizzare un fatto come caso fortuito e pertanto dovrebbero senz'altro essere abbandonati. Ogni e qualsiasi definizione del caso fortuito sembrerebbe impossibile, perchè ciò che è per una, può benissimo non esser tale per un'altra fattispecie. Il caso fortuito rientrebbe fra quei concetti che si possono definire solo negativamente, come la proprietà, in quanto si realizzerebbe dove cessa di esistere la colpa.

Questa concezione è indubbiamente esatissima. È pure indubbiamente vero che ciò che è caso fortuito in una fattispecie può non essere in un'altra. Ma la verità di queste deduzioni non porta senz'altro a concludere che i concetti tradizionali siano errati. Se nonostante il carattere relativo del fortuito, essi possono essere esatti, ciò vuol dire che le conseguenze da essi tratte derivano semplicemente dal modo con cui vengono intesi.

Allorquando si definisce il caso fortuito o di forza maggiore come un fatto che non si poteva prevedere o non si poteva evitare, non si allude ad un'imprevedibilità o inevitabilità astratta, sia essa assoluta ed obbiettiva, o soggettiva, propria del modo comune di pensare delle persone normali, bensì all'imprevedibilità ed inevitabilità concreta, a quella cioè che si misura non di fronte ad un soggetto creato con un processo di astrazione, ma di fronte a per-sone esistenti nella realtà. Perciò il più prevedibile ed evitabile degli eventi, secondo il giudizio che ne fa un tecnico o un uomo comune, può benissimo essere considerato dalle parti che stipulano un contratto come causa di liberazione da un'obbligazione, onde per esse diventa imprevedibile ed inevitabile. Nello stesso modo il più imprevedibile ed inevitabile dei fatti, considerato in sé e per sé, può essere entrato nella previsione o nella prevenibilità dei contraenti quando l'uno assicura l'altro contro le sue conseguenze. Tutto dipende quindi dalle previsioni e dagli intendimenti delle parti in un determinato contratto.

12. Così nulla vieta che una guerra qualsiasi fra paesi lontani e quasi senza riflessi su quello in cui ha luogo il contratto venga con-

siderata dalle parti come causa di estinzione di ogni loro obbligazione. Così pure nulla impedisce che le parti stabiliscano che gli obblighi da esse assunti valgano nonostante la guerra che in qualunque modo venga mossa o sostenuta dal proprio paese o da quello a cui una di esse appartiene. Una guerra poi deve essere ammessa come causa di estinzione delle obbligazioni assunte prima di essa, quando al momento in cui il contratto venne stipulato si era lontani dall'idea che essa potesse scoppiare.

Viceversa una guerra può essere ammessa come causa di estinzione di obbligazioni quando all'epoca del contratto si presentasse così imminente da non esser possibile supporre che le parti non vi abbiano pensato. Negli Stati ad es. ove per vari anni si guerreggiò quasi di continuo, come nell'America del Sud, la guerra non può non essere stata presa in considerazione da coloro che ivi aggiunsero ad un contratto. Ove non sia stata prevista una determinata guerra, può essere stato compreso nell'alea di un contratto il caso di guerra in genere (1). Non importa poi che lo scoppio del conflitto, invece di determinare una impossibilità o difficoltà definitiva di adempimento, produca un'impossibilità o difficoltà puramente momentanea, perchè in questo caso, invece di condurre ad una estinzione dell'obbligazione, e quindi allo scioglimento del contratto, porta ad una sospensione nell'adempimento della prima, e quindi ad una proroga del secondo.

Piuttosto interessa che la guerra può essere un caso fortuito o di forza maggiore non solo in quanto impedisca o renda più difficile l'adempimento di un'obbligazione, nella sua totalità, ma anche in quanto l'impedisca o renda più difficile solo parzialmente: il che si traduce nel nuovo principio, che un determinato fatto, come la guerra, può essere caso fortuito o di forza maggiore per una parte e per un'altra no. A tutta prima questo principio può sembrare non solo strano, ma anche assurdo, perchè parrebbe che un fatto dovesse necessariamente rivestire una sola qualità e non potesse assumerne contemporaneamente due opposte. Invece esso è la conseguenza logica del modo con cui si deve intendere il caso fortuito e del carattere di somma relatività che gli è proprio.

Poichè tutto dipende da ciò che le parti hanno potuto prevedere, il fatto della guerra è caso fortuito in quanto produce conseguenze che le parti non hanno assolutamente previsto: non è caso fortuito

(1) Cfr. Cassaz. Torino 6 dicembre 1916, in *Mon. trib. Mil.*, 1917, pag. 65; ma specialmente il testo a pag. 66 e 67.

in quanto invece determina effetti che esse hanno avuto presenti. Una volta che un fatto viene considerato nelle sue conseguenze, nulla vieta che dentro certi limiti gli si annetta un valore ed oltre di essi un altro. Nessuna esigenza logica osta alla libera esplicazione dell'intendimento delle parti, da cui dipende la determinazione del caso fortuito, e che può quindi stabilire che un determinato fatto rivesta tale carattere per intero o soltanto in una certa misura.

13. Il Trib. di Torino ha dunque formulato un principio che è esatto e contro il quale si spuntano le critiche. Così indarno si oppone che, a rigore di logica, una volta ammesso che lo stato di guerra, in cui si trova l'Italia, costituisce un caso fortuito per il proprietario tenuto al riscaldamento dell'alloggio da lui dato in locazione, tutte le maggiori spese di riscaldamento prodotte dall'aumento di prezzo del carbone devono ricadere sull'inquilino. Questa obiezione sorge naturale ed è fatta in modo esplicito dalla dottrina, ma non è decisiva; e una parte delle maggiori spese di riscaldamento può benissimo ricadere sul locatore precisamente perchè il fatto della guerra è un caso fortuito in quanto ha per effetto un aumento nel prezzo del carbone oltre la misura che al tempo in cui il contratto venne stipulato e per le circostanze a cui allora le parti potevano pensare, è a considerarsi prevista: non è caso fortuito in quanto l'aumento che esso determina nel prezzo del carbone rientra nei limiti di tale misura. Dal momento che lo stato di guerra produce un effetto che è fortuito solo in parte, le maggiori spese di riscaldamento si devono ripartire fra il locatore e il conduttore.

Senonchè il Tribunale, dopo avere felicemente intuito e delineato questo principio, ne fa un'applicazione che è inesatta e fuori di proposito. Esso cioè viene alla conseguenza che le maggiori spese di riscaldamento debbano andare per due terzi a carico del locatore e per un terzo a carico del conduttore.

Il Tribunale pensa che nel caso che gli si presentava non si trattasse che di ripartire un danno. E premesso che il danno da ripartirsi non è altro che il maggior costo del riscaldamento per i quattro mesi di consuetudine in confronto del costo che la stessa prestazione avrebbe avuto secondo il prezzo del carbone al tempo del contratto, osserva che di tale maggior costo una parte, che il Tribunale stesso crede di potere equamente determinare in un terzo, deve senz'altro gravare sul locatore perchè corrisponde al rischio che egli si assume coll'obbligarsi al riscaldamento e che, essendo dovuto alle consuete

oscillazioni del mercato, era prevedibile fin dal momento in cui il contratto venne concluso. Osserva ancora che la parte rimanente deve ripartirsi per metà fra i contraenti, perchè con questa ripartizione si raggiunge quell'eguaglianza fra locatore e conduttore che, come prima il Tribunale stesso ha rilevato (1), forma lo scopo del contratto di locazione. Nel campo di questo contratto, tanto per il diritto romano quanto per il diritto moderno prevarrebbe un principio equitativo, il quale dal punto di vista sociale poi assumerebbe tale importanza da cessare di essere un'eccezione e da assumere invece al grado vero e proprio di un principio organico; onde non sarebbe possibile sottrarsi alle sue esigenze, e ogni qualvolta la *vis maior* avesse turbato l'eguaglianza fra locatore e conduttore, questa dovrebbe essere ristabilita.

14. Così le maggiori spese di riscaldamento verrebbero a gravare per due terzi sul locatore e per un terzo sul conduttore. Ma questa ripartizione non ha fondamento, e se essa viene introdotta come conseguenza del principio che un determinato aumento di prezzo può considerarsi caso fortuito solo parzialmente, basta a rilevare che quel principio venne invocato inesattamente e fuor di proposito. Però, anche prima di arrivare a questa conclusione, la surriferita soluzione appare difettosa, perchè il Tribunale, dopo avere felicemente intravisto un principio, ve ne incastra un altro che con quello è incompatibile.

Il Tribunale parte dalla premessa che il contratto di locazione porti con sé l'obbligo di provvedere al riscaldamento, senza di cui non è possibile godere l'alloggio locato. Ora, posta questa premessa, o il locatore non può essere obbligato per ciò che costituisce caso fortuito, e oltre i limiti nei quali l'aumento di prezzo si poteva prevedere, non può essere tenuto a concorrere nelle maggiori spese di riscaldamento: o egli può essere obbligato a concorrere in queste maggiori spese indipendentemente dal carattere fortuito o meno dell'aumento di prezzo del carbone, e allora deve essere tenuto per la metà dell'aumento. Ma una volta che sul locatore viene fatta gravare quella parte dell'aumento di costo che corrisponde alla media alea commerciale, non si comprende come su di lui possa gravare ancora un'altra parte di tale aumento, la quale accenderebbe detta alea. Una volta che, per il principio di eguaglianza che domina nel contratto di locazione, si pone a carico del locatore la

metà delle maggiori spese di riscaldamento, non si comprende come debba gravare su di lui una parte di tali spese, superiore alla metà.

Ammesso che il locatore sia effettivamente obbligato a provvedere al riscaldamento di cui (per non tener conto di aumenti posteriori al principio dello scorso inverno) è quadruplicato il costo, si può giustificare tanto l'una quanto l'altro delle surriferite soluzioni; ma non si possono contemporaneamente seguire entrambe. O il locatore non sopporta il caso fortuito, e il conduttore non può sottrarsi alle conseguenze di un fatto che si svolge a suo svantaggio: o un fatto avviene in forza di contratto, ma non è posto a carico dell'uno più che dell'altro dei contraenti, e deve essere da tutti e due sopportato in eguale proporzione. La sentenza del Trib. di Torino adotta contemporaneamente due soluzioni di cui l'una esclude l'altra. Così essa, mentre è ingegnosa per l'affermazione di un principio nuovo relativamente al caso fortuito, non è scevra di artificio, e si trova stretta in un dilemma senza via d'uscita.

15. Del resto, poichè la ripetizione delle maggiori spese di riscaldamento avviene fra locatore e conduttore e per necessità di cose la popolazione urbana entra nella categoria dei proprietari o degli inquilini, la ripartizione stessa non potè non suscitare l'interesse di tutta questa popolazione e non determinare un'infinità di soluzioni, financo le più disparate, perchè le due diverse parti della popolazione stessa sono fatalmente trascinata ad effettuarla in modo diverso dai loro diversi interessi e dall'aspetto opposto sotto cui li valutano.

Si ammetta o non si ammetta che una parte dell'aumento di prezzo del carbone non sia fortuito: dal punto di vista dei proprietari è logica che si sia sostenuto che questi, a seconda dell'una o dell'altra ipotesi, hanno diritto al rimborso della residua parte di aumento o di tutto il sopraprezzo del carbone (1). Dal punto di vista degli inquilini non è meno naturale che si sia allegato dover il proprietario, avendo egli altre volte percepito per il riscaldamento più di quanto esso gli costasse, sopportare tutta la maggiore spesa e provvedere egualmente al medesimo (2).

L'associazione dei proprietari di case di Milano dapprima consigliò ai soci di intervenire per un terzo nel sopraprezzo del car-

(1) Cfr. *Il Monitore del proprietario*, IX, pag. 849 e, commentando la sentenza del Trib. di Torino succitata, pag. 858.

(2) Cfr. *La Stampa*, 17 novembre 1916, pag. 3.

bone (1). Poi decise che l'inquilino dovesse concorrere per la metà (2). Certo è però che, come molto opportunamente ebbe a rilevare una Commissione nominata dall'associazione fra i proprietari di case in Torino, la questione non si può risolvere in via di massima, perchè, come diverso è il modo con cui il riscaldamento viene fatto nei vari casi, la ripartizione delle relative spese si deve effettuare in modo diverso a seconda dell'importanza dell'alloggio, dei mezzi per provvedere al riscaldamento stesso e della possibilità, occorrendo, di surrogare il carbone con altro combustibile (3).

Perciò la questione della ripartizione delle maggiori spese di riscaldamento fra locatore e conduttore non può essere risolta che caso per caso, e fin dal marzo 1816 l'associazione dei proprietari di case in Torino presentava al Governo un ricorso in cui chiedeva che, sull'esempio del decreto luogotenenziale relativo alle contestazioni fra proprietari e inquilini esercenti l'industria dell'albergatore (20 giugno 1815), con apposito decreto luogotenenziale, si autorizzasse la devoluzione di tutte le controversie relative al riscaldamento delle case ad arbitri privati (4). Intanto l'opportunità di simili arbitramenti era pure messa in rilievo dall'Associazione dei proprietari di Roma (5).

Le pubblicazioni dell'associazione dei proprietari di Torino non fanno conoscere i termini precisi in cui gli arbitramenti stessi sono stati proposti. Dato che questi fossero invocati in genere per le controversie di qualsiasi natura che sorgessero fra locatori e conduttori riguardo al riscaldamento, non qui è luogo di indagare se colla richiesta dell'associazione dei proprietari di Torino non si sia andati troppo in là. Certo è che, prima che sopravvenissero altre esigenze, tale richiesta non ebbe alcun effetto presso il Governo; ma provocò da parte del Municipio di Torino la costituzione di un'apposita Commissione arbitrale, composta di tre proprietari,

(1) Cfr. *Il Monitore cit.*, IX, pag. 850.

(2) Cfr. *Il Monitore cit.*, IX, pag. 928.

(3) Cfr. *Il Monitore cit.*, IX, pag. 885 e pag. 886. La Commissione era stata nominata nell'assemblea ordinaria del 20 febbraio 1916 dei soci dell'associazione dei proprietari di case in Torino.

(4) Cfr. l'ordine del giorno presentato dal prof. Tedeschi nell'assemblea straordinaria del 12 giugno 1916, in *Monitore cit.*, IX, pag. 885, e il *Monitore stesso*, IX, pag. 850, 886-887 e pag. 896. Così pure Chironi e Palberti, *Sul Memoriale dell'Associazione fra proprietari case di Torino al Ministro Guardasigilli, per ottenere la devoluzione ad arbitri delle controversie in tema di riscaldamento delle case* (Parere), in *Monitore cit.*, IX, pag. 897-898.

(5) Cfr. *Il Monitore cit.*, IX, pag. 896-897.

tre inquilini, e presieduta da un assessore comunale, la quale però si pronunciava solo in quanto le parti acconsentissero di rimettersi ad essa. Nei casi in cui si sollecitò la sua pronuncia, essa dichiarò di ripartire e ripartì effettivamente il sopraprezzo attuale fra inquilino e proprietario attribuendo a quest'ultimo una maggior parte dell'onere (1).

Esamineremo in seguito se col decreto 8 marzo 1917, n. 403, relativo all'obbligo assunto dai proprietari di immobili urbani di provvedere al riscaldamento, si sia realmente imposto e ragionevolmente si sarebbe potuto imporre un obbligo di adire degli amichevoli compositori ai locatori e conduttori che non si accordino sulle nuove condizioni del riscaldamento, qualunque sia la natura della controversia fra essi insorta. Ritornando ora alla sentenza del Tribunale, possiamo concludere che, anche prima che fossero acquisiti alla causa i dati di fatto da cui risultasse la necessità di ripartire le maggiori spese di riscaldamento fra locatore e conduttore, il Tribunale propone un sistema di ripartizione che in linea di principio non si può assolutamente accettare. Nel caso concreto, la Corte d'appello si limita a chiamarlo prematuro (2) ma affermando che esso è *quanto meno* prematuro, lascia comprendere chiaramente di non dividere l'opinione avanzata in linea ipotetica ed astratta dal Tribunale.

16. Senonchè v'ha di più. Premesso che al riscaldamento il locatore non può sottrarsi, è perfettamente vero che resta solo a ricercare come se ne debba ripartire la maggiore spesa e che questa deve precisamente ripartirsi in uno dei modi suaccennati. Ma prima di ricercare come questa ripartizione si effettui, è altrettanto vero che occorre stabilire se il locatore è tenuto al riscaldamento. Poichè è fuor di dubbio che, qualora quell'obbligo non esistesse, la discussione sulla ripartizione della maggiore spesa diventerebbe inutile, è altrettanto certo che conviene prima ricercare se quell'obbligo esiste. Ogni qualvolta si parte da una premessa, la prima indagine è quella relativa al fondamento della medesima. La ricerca di un modo di

(1) Cfr. *La Stampa*, 18 novembre 1916, pag. 3; mentre afferma essere il maggior onere stato ripartito per metà *Il Monitore cit.*, X, pag. 998. A quest'ultimo criterio deliberò di attenersi la Commissione arbitrale comunale di Milano: cfr. *Corriere della Sera*, 12 ottobre 1916, pag. 3.

(2) Sentenza 14 giugno 1916, in *Riv. del dir. comm.*, XIV, 2, pag. 649; e per la denominazione in discorso, pag. 658. Contro il sistema adottato dal Trib. di Torino, almeno in via assoluta, cfr. pure Petrone, n. 85, loc. cit., col. 593.

ripartizione della maggiore spesa presuppone che questa ripartizione debba aver luogo.

Lo stesso Tribunale decide riservandosi ogni maggiore e diversa pronuncia e subordinando ogni e qualsiasi decisione all'esito di alcune prove. E con ragione quindi la Corte d'appello ritiene consistere le considerazioni dei primi giudici essenzialmente nell'astratta esposizione di teorie che essi finiscono col riconoscere inapplicabili al caso concreto per mancanza dei dati di fatto necessari, e afferma che la sentenza del Tribunale ha il torto di volere fin da quel momento risolvere in via di mera ipotesi una serie di questioni, le quali assai meglio avrebbero potuto essere esaminate e decise quando il magistrato avesse avuto innanzi a sé gli opportuni dati di fatto (1).

Adunque nel caso concreto occorreva preliminarmente stabilire se il proprietario potesse ancora essere obbligato al riscaldamento. La ripartizione delle spese fra locatore e conduttore poteva bensì essere necessaria; ma poichè essa presuppone l'esistenza di un obbligo, non si trattava tanto di ricercare quale fosse la ripetizione più felice, ma se esistesse l'obbligo, dato il quale poteva avere luogo una ripartizione.

Siffatto obbligo non può derivare che dalla volontà delle parti. Ora si può bensì addurre che, ogni qualvolta il clima di una città è tale da rendere il riscaldamento necessario e il modo con cui esso viene effettuato riguardo ad un determinato alloggio non permette all'inquilino di provvedervi per conto proprio, le parti sebbene tacitamente, non possono non averlo imposto al locatore. Ma dall'altro lato, è facile opporre che, per quanto si voglia essere larghi nell'ammettere l'esistenza di un obbligo, sempre esso esiste nel concorso di certe condizioni, in modo che, col venir meno delle medesime, esso pure viene meno; onde, una volta che la prestazione è diventata eccessivamente onerosa, il debitore è liberato.

Da ciò appare per quale ragione non si sia preso il provvedimento che pure era stato richiesto, e si sia evitato di rendere coattiva la devoluzione ad arbitri delle controversie comunque insorte fra locatore e conduttore intorno al maggior costo del riscaldamento. Dal momento che l'obbligo di riscaldamento cessa di esistere ogni qualvolta diventa eccessivamente oneroso per il locatore, questi non può essere obbligato ad alcunchè in conseguenza di esso.

17. Il decreto luogotenenziale 8 marzo 1917, n. 403, concernente,

per riferirne l'infittolazione testuale, norme relative all'obbligo assunto dai proprietari di immobili urbani di provvedere al riscaldamento, consacra precisamente questo concetto. Infatti esso stabilisce che i locatori d'immobili, i quali per contratto siano obbligati a fornire agli affittuari il riscaldamento, possono sospendere tale prestazione quando le condizioni dello stato di guerra la rendano eccessivamente onerosa (art. 1), salvo, naturalmente, la rifusione o la riduzione di una quota della pigione già pagata o da pagarsi. E se in seguito il decreto aggiunge che tutte le controversie dipendenti dall'applicazione delle precedenti disposizioni saranno decise, con poteri di arbitri amichevoli compositori, da Commissioni composte, in ciascun mandamento, dal pretore che presiede, e da due membri scelti dallo stesso pretore, uno fra i proprietari e l'altro tra gli affittuari del mandamento medesimo (art. 3 princ.), è chiaro che le controversie non possono più sorgere che riguardo all'ammontare della quota della pigione da detrarsi, quale prima il decreto stabilisce doversi equamente determinare dagli arbitri tenendo conto delle varie circostanze dei singoli casi in relazione al contratto d'affitto (art. 1, 2.º periodo); onde detti arbitri non potrebbero mai ad es., costringere il locatore a continuare nel riscaldamento, sottostando ad una parte del maggior onere.

Se all'esplicita dichiarazione legislativa in tale senso hanno indubbiamente condotto esigenze diverse da quelle risultanti dalla dichiarazione stessa, ciò non toglie che esse abbiano messo in luce il principio che regola il rapporto fra locatore e conduttore, e, almeno per quanto riguarda il diritto del primo, l'abbiano determinato in modo esatto e completo. Poichè le esigenze di ordine pubblico collimano qui con quelle del rapporto privato, l'intervento del legistatore, anzichè forzare l'atteggiamento di tale rapporto, non fa che confermarlo.

È bensì vero che alle Commissioni costituite a tenore del decreto rimangono devolute anche tutte le controversie relative all'adempimento dell'obbligo del riscaldamento pel tempo anteriore all'entrata in vigore del decreto stesso (art. 3), e che, potendo queste controversie riguardare unicamente la quota per la quale il proprietario deve concorrere nelle maggiori spese di riscaldamento, la esistenza di un obbligo al riscaldamento da parte sua è talora implicitamente ammessa e le Commissioni dovrebbero riconoscerla. Ma è altrettanto vero che le suddette controversie devono, per ciò che soggiunge il decreto (art. 3, 2.º periodo), decidersi coi criteri di cui all'art. 1, e cioè non ammettendo l'esistenza di tale obbligo.

(1) Loc. cit., pag. 637.

18. Riguardo al secondo dei punti accennati al principio del presente scritto, il decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, n. 739, deroga bensì ai principi del codice civile sul caso fortuito e sulla forza maggiore nel modo che si ritiene, ma con effetti diversi. Infatti, se è vero che l'impossibilità soggettiva è una pura e semplice difficoltà di adempimento, non è vero che la difficoltà di adempimento sia dal decreto rimessa a contingenze puramente soggettive del debitore. Per stabilire in che cosa tale difficoltà consiste, occorre allargare la nostra indagine e ricercare preliminarmente quale atteggiamento possa assumere l'impossibilità a cui si riconosce l'effetto di liberare il debitore.

Tanto il diritto romano quanto la dottrina del diritto comune distinguono l'*impedimentum naturale* dalla *causa difficultatis*, l'*incommodum rerum* dall'*incommodum personae*; e la dottrina moderna, con mutata terminologia, scvera l'impossibilità oggettiva, inerente cioè alla natura della prestazione, da quella soggettiva, o dipendente dalle condizioni particolari del debitore, altra volta chiamata insolubilità, allegando che soltanto la prima libera il debitore. Questo concetto è stato messo in luce anche recentemente affermando che solo gli impedimenti di natura obbiettiva estinguono l'obbligazione e che nessuna traccia di diversi principii si può trovare nè in diritto romano, nè durante il corso dell'elaborazione del diritto comune, nè in diritto positivo vigente, mentre anzi la teoria dell'impossibilità obbiettiva ed assoluta trova piena giustificazione, oltre che nella tradizione storica e nel diritto positivo, pure anche nella analisi del contenuto proprio del dovere che è materia del rapporto obbligatorio (1).

L'art. 1450 del codice civile consacra la teoria tradizionale. Talora si accetta la teoria contraria per il fatto che l'art. 61 del codice di commercio costituirebbe una deroga alle disposizioni del codice civile. Ma tale teoria non ha fondamento, perchè o si scorge nell'art. 61 del codice di commercio una deroga al codice civile, e questa è nel senso di ammettere la responsabilità del debitore anche dove non esisterebbe secondo quel codice; onde, nonchè liberare il

(1) Osti, *L'art. 61 cod. comm. e il concetto di sopravvenienza* (estratto dalla *Riv. del dir. comm.*, XIV, parte II), Milano 1916, n. 7, pag. 19; e il lavoro sopra *L'impossibilità di prestare come causa liberatrice dalla responsabilità per inadempimento*, a cui egli rinvia, ma che ancora non è apparso nella *Riv. di dir. civ.*; Ascoli, *La guerra, ecc.*, pag. 241-247, e l'altro lavoro dell'Osti a cui egli si richiama. Cfr. pure Berlingieri G., *La clausola tacita di guerra nei contratti di commercio* (estratto dal *Diritto commerciale*, XXXI), Torino 1912, pag. 2-5.

debitore dall'obbligazione per sopravvenuti impedimenti subbiettivi, lo rende obbligato nonostante il sopravvenire di impedimenti obbiettivi. O non si ammette la deroga, e allora la disposizione dell'art. 61 codice di commercio — limitandosi, secondo il risultato di un'acuta dimostrazione, a dar norma intorno agli incidenti che possono rendere frustranea quella particolare operazione mercantile che nella pratica del commercio va col nome di provvista e che è caratteristica dell'attività commerciale nel senso economico più preciso della parola — non farebbe che confermare la teoria tradizionale, escludendo la responsabilità del venditore per una determinata specie di impedimenti subbiettivi (1).

19. Piuttosto occorre indagare come debba intendersi l'impossibilità che può sopravvenire nell'adempimento di un'obbligazione. Tale impossibilità libera il debitore quando abbia la sua ragion di essere nell'oggetto dell'obbligazione stessa. Ma siccome questo consiste in una prestazione più o meno specificamente determinata in base alle disposizioni implicite od esplicite del contratto, così, ogni qualvolta la volontà delle parti si sia riferita esclusivamente ad una determinata specie, e cioè ad una cosa o ad un'attività che non può esser sostituita, colpisce l'oggetto anche l'impossibilità che dipende dalle condizioni personali del debitore.

L'art. 1298 del cod. civ. — disponendo che quando una determinata cosa, formante l'oggetto dell'obbligazione, senza colpa del debitore perisce, od è posta fuori di commercio o si smarrisce in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l'obbligazione si estingue — consacra precisamente questa regola. Sebbene esso riguardi unicamente le obbligazioni aventi ad oggetto un *dare*, la dottrina è concorde nel ritenere che si applichi anche alle obbligazioni aventi ad oggetto un *facere*. Infatti, anche queste obbligazioni, ogni volta che riguardano prestazioni che non potrebbero indifferentemente essere compiute da persone diverse dall'obbligato, e da lui non possono esser adempiute per causa indipendente dalla sua volontà, si estinguono. Così il pittore che deve dipingere un quadro, lo scultore che deve fare una statua, lo scrittore che deve comporre un libro, se cade ammalato o è chiamato alle armi in conseguenza della guerra, è liberato senza altro dalla sua obbligazione.

Con ciò non bisogna credere che la teoria tradizionale venga meno.

(1) Osti, *L'art. 61 cod. comm. cit.*, n. 8, pag. 23. Per l'esclusione dell'efficacia liberatoria dell'art. 1298 cod. civ., e quindi per un'estensione della responsabilità, cfr. invece Cassaz. Torino 6 dicembre 1916, cit., in fine.

Essa soccorre ancora, e nel caso anzidetto il debitore è liberato, non perchè a tale scopo cessi di essere necessaria l'impossibilità oggettiva e venga a bastare quella soggettiva, ma perchè questa ha cessato di essere tale.

Ove poi nel caso in cui l'obbligazione abbia ad oggetto una prestazione che non può essere sostituita, per un modo più superficiale e meno esatto di concepire l'impossibilità, la si chiami soggettiva, si arriva alla conseguenza che nella legislazione, allorché si attribuisca efficacia liberatoria all'impossibilità soggettiva (§ 275 codice civile germanico), si derogi a questo principio per le prestazioni di cose che possono essere sostituite (§ 279 codice cit.), mentre, quando si attribuisce efficacia liberatoria all'impossibilità oggettiva (art. 1450 codice civ. it. e art. 61 cod. comm. cit.), si derogi a questo principio per le cose determinate nella loro individualità (art. 1298 codice civ. cit.).

Nelle obbligazioni aventi ad oggetto una cosa determinata in modo specifico non si può distinguere l'impossibilità oggettiva da quella soggettiva, perchè, quando l'impossibilità c'è, il debitore è senz'altro liberato. La distinzione è possibile solo riguardo alla prestazione di cose che possono essere sostituite: rispetto ad esse soltanto la dottrina del diritto comune distingue l'*incommodum rerum* dall'*incommodum personae* e quest'ultimo viene ammesso come causa di liberazione distinta dalla prima.

Ciononostante, la pura e semplice difficoltà di adempimento, presa in considerazione dal decreto, non è rimessa a contingenze puramente personali del debitore, perchè il decreto si riferisce non alla difficoltà in genere, qualunque essa sia e comunque provenga, ma ad una determinata difficoltà, e cioè a quella che proviene dal fatto della guerra; e ogni volta che si indichi la causa da cui la difficoltà deriva, questa cessa di essere puramente individuale per divenire comune a tutti gli individui che si trovano gravati dalla medesima obbligazione. Così la difficoltà, ancorchè sia una condizione soggettiva, è accettabile mediante quello stesso processo di astrazione, con cui in un altro campo si accerta la qualità necessaria, utile o voluttuaria di una spesa (1). Pur riconoscendo quindi che il decreto fa omaggio alla teoria dell'impossibilità soggettiva, esso non dà affatto luogo alla preoccupazione, per cui lo si vuole considerare

(1) Ricca-Barberis, *Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento*, Torino 1914, n. 25, 27, 32, pag. 31-32, 36-37, 44.

come una eccezione puramente temporanea, poichè, lungi dall'aprire la via ad apprezzamenti puramente soggettivi, e cioè all'arbitrio, si riferisce ad una difficoltà che è valutabile oggettivamente.

20. In ciò gli scrittori che determinano la portata della disposizione in esame sono concordi (1). Mediante un processo di astrazione dalle persone e dalle circostanze di una determinata società e di un determinato momento storico, il giudice deve risalire alla figura del commerciante normale e all'alea che, secondo il modo comune di pensare, deve correre, e omettere o meno l'eccessiva onerosità a seconda che l'adempimento di un'obbligazione rientri in quest'alea od esoribiti da essa. L'eccessiva onerosità esiste quando l'aumento di prezzo di una cosa sia andato oltre l'alea che si reputa dover essere sopportata da un commerciante, o in altre parole usale in commercio.

Giustamente venne rilevato che il criterio da adottare all'uopo è, come per l'impedimento, un criterio obbiettivo: non si tratta cioè di accertare se la prestazione sia eccessivamente onerosa per le condizioni economiche in cui versa il debitore o se la prestazione sia più disagiata e costosa per lui che per altri, ma se essa sia diventata gravosa egualmente per tutti coloro che hanno la medesima obbligazione, e cioè se lo stato di guerra l'abbia resa tale obbiettivamente. Per conseguenza, se taluno non può procurarsi la merce che si è assunto l'obbligo di fornire ad altri, o non può acquistare la materia prima che gli occorre per il lavoro che si è impegnato di eseguire solo perchè, essendo l'una o l'altra aumentata di prezzo in conseguenza della guerra, egli non gode più sufficiente credito e in con-

(1) Coghio, op. cit., n. 45 e 130, pag. 107 e 296; id., *L'eccessiva onerosità negli appalti pubblici*, n. 2, in *Dir. comm.*, 1916, 2, pag. 284-286; Manfredi, n. 3, col. 52; e specialmente Segre, *Su alcuni provvedimenti*, ecc., n. 14, f. pag. 47. Così pure Pestalozza, *L'eccessiva onerosità della prestazione sopravveniente per fortuito* (estratto dal *Foro it.*, XVI), Città di Castello 1916, n. 8, pag. 35 e 37, il quale ritiene che la disposizione, essendola di carattere eccezionale, si applichi nel caso di rovina onerosità: ivi, pag. 83-84. Ritiene altresì dover il mutamento dello stato di fatto essere molto grave il Carrara, loc. cit. Applica questo concetto ad un caso speciale il Ciappa, *L'eccessiva onerosità prevista dal decreto luogotenenziale 27 maggio 1915*, n. 739, nei rapporti col compratore, n. 5, in *Dir. comm.*, 1916, 2, pag. 700-701. Anche la giurisprudenza rileva talora il carattere obbiettivo della valutazione (Trib. Napoli 7 giugno 1916, in *Dir. comm.*, 1916, 2, pag. 692; App. Torino 3 novembre 1916, in *Giur. it.*, 1917, 1, 2, col. 108); e fa consistere l'eccessiva onerosità della prestazione in una perdita grave ed irreparabile (App. Milano 22 dicembre 1916, in *Mon. trib. Mil.*, 1917, pag. 111), o nella rovina della prestazione stessa (Trib. Milano, con sentenza 27 maggio 1916, stesa dal medesimo Pestalozza, contro la quale però Ascoli, *Forza, maggiore*, pag. 796).

tanti non ha tutta la somma occorrente, l'obbligazione non si estingue. Invece, secondo l'esempio tipico, poichè in conseguenza della guerra il prezzo del carbone è (sempre per riferirci al medesimo momento) quadruplicato, l'obbligo di provvedere al riscaldamento degli alloggi viene ad essere più gravoso in modo eguale per tutti coloro che sono tenuti ad esso.

Tuttavia, se il debitore, per potere invocare la liberazione, non deve da un lato — sebbene per effetto di una diligenza superiore alla comune — aver preso provvedimenti i quali abbiano fatto sì che attualmente la prestazione cessi per lui di essere più onerosa, e deve pure dall'altro lato essere immune da colpa, sembra che si debba applicare un criterio soggettivo. Infatti, la giurisprudenza trae queste conclusioni precisamente dall'applicazione del decreto in base a un criterio siffatto (1).

A ragione però la dottrina riconosce che le conclusioni stesse reggono, ancorchè il criterio col quale bisogna valutare l'eccessiva onerosità sia oggettivo (2). E bensì vero che, se il commerciante, per una preoccupazione che normalmente si sarebbe dovuta considerare eccessiva, si è provveduto in precedenza della merce di cui la guerra ha prodotto penuria, egli non può ottenere la liberazione dalla sua obbligazione in conseguenza della guerra stessa. E bensì vero ancora che, se il commerciante va incontro ad un'eccessiva onerosità di prestazione perchè non si è provveduto di merce quando sarebbe stato tempo o perchè ha atteso speculando su un ribasso di prezzo, l'eccessiva onerosità della prestazione non gli giova. Ma nel primo caso il debitore non è liberato, perchè non esiste la difficoltà; nel secondo perchè c'è la colpa.

Il debitore seguita pure ad essere obbligato quando in un modo o nell'altro abbia assunto a proprio carico qualsiasi evento di forza maggiore, o per lo meno un certo numero di eventi, fra cui anche la guerra; come se, ad es., si sia obbligato alla prestazione senza riguardo ad alcun evento od infortunio, o si sia obbligato a non opporre la forza maggiore tranne che nel caso in cui fosse per de-

(1) Trib. Torino 16 marzo 1916, loc. cit., pag. 622, e per il testo più precisamente a pag. 633-640. Egualmente Belotti, loc. cit., pag. 583-584. Alla conclusione che il venditore di una merce può esimersi dalle consegne pattuite solo se egli non si sia provveduto preventivamente della medesima arriva pure la Corte d'appello di Casale 19 novembre 1916, *Giur. tor.*, 1917, col. 218.
(2) Segre, *Sulle questioni*, ecc., n. 4 pag. 11.

rivare la chiusura del suo stabilimento e questo non si sia chiuso (1). Infatti, il decreto 27 maggio 1915, n. 739, modifica unicamente le condizioni alle quali la guerra può essere considerata come caso di forza maggiore, e la rinuncia a farla valere come tale quando quelle condizioni erano più gravi, e cioè consistevano in una vera e propria impossibilità, non può non contenere una eguale rinuncia a farla valere dopo che le condizioni stesse sono divenute più lievi e consistono in una pura e semplice difficoltà di adempimento.

21. La terza critica mossa al decreto 27 maggio 1915, n. 739, consisterebbe in ciò che questo, dopo aver ammesso la liberazione di un debitore dall'obbligazione diventata troppo onerosa, lascerebbe in dubbio se egli possa senz'altro sospendere l'adempimento o debba prima invitare l'altra parte ad assumersi un corrispondente aumento della sua prestazione. Poichè però di tale procedimento preliminare non v'ha cenno nel decreto, si riconosce subito che il dubbio non può sussistere in modo che il debitore, la cui obbligazione è diventata troppo onerosa in conseguenza della guerra è liberato senz'altro; onde l'unica questione a cui il decreto lascerebbe aperto l'adito è se, in seguito all'inadempienza del debitore, il creditore possa chiedere lo scioglimento del contratto. Questa questione non potrebbe essere risolta in senso negativo, perchè, una volta che il debitore ha sospeso di adempiere, il creditore dovrebbe ottenere la liberazione dal suo obbligo. Ma ciò porterebbe alla conseguenza che il decreto invertirebbe la situazione delle parti. Infatti, mentre la risoluzione del contratto in seguito a mutamento di circostanze, per le clausole tacitamente attribuite alle parti, dovrebbe esser chiesta dal debitore, secondo il decreto dovrebbe esser chiesta dal creditore.

Questo principio è stato bensì formulato in vista di un caso in cui il creditore era un conduttore tant'è vero che a confronto del medesimo si invoca pure l'art. 1595 cod. civ. Ma poichè esso è stato formulato in modo generico, deve essere esaminato di per sé.

(1) Segre, *La guerra considerata come caso di forza maggiore e i contratti aventi rapporto con un pubblico servizio*, in *Riv. del dir. comm.*, XIV, 2, pag. 944-948. Nella giurisprudenza, Cassaz. Torino 3 febbraio 1917, in *Mon. trib. Mil.*, 1917, pag. 181; App. Milano 30 maggio 1916, in *Riv. del dir. comm.*, XIV, 2, pag. 944; Trib. Grosseto 28 dicembre 1915, in *Dir. comm.*, 1916, 2, pag. 775. In senso contrario invece App. Casale 29 novembre 1916 cit., e la redazione della *Temi lombarda*, IX, col. 441, in nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano cit.

22. Sotto questo aspetto, la soluzione proposta ne presuppone due altre che, sebbene assai frequenti nella dottrina, non sono esatte: prima di tutto la soluzione della questione dei rischi con quella del fortuito; secondariamente l'annullamento del contratto sinallagmatico per la fortuita estinzione di un'obbligazione, come se si trattasse dello scioglimento del medesimo per colpa di un obbligato. La questione dei rischi la quale sorge per la fortuita estinzione di un'obbligazione nel contratto sinallagmatico, non consiste più nell'indagare come e quando possa essere liberato un debitore, ma come e quando, in conseguenza di tale liberazione, possa essere liberato anche quello che era creditore dell'obbligazione estinta.

Nel contratto sinallagmatico, ove l'obbligazione di una parte si connette a quella dell'altra, non basta stabilire come un'obbligazione in sé si estingua per caso fortuito, ma occorre anche indagare quale sia l'effetto di questa estinzione sull'obbligazione che corrisponde a quella estinta. Così, allorché una delle obbligazioni si estingue per caso fortuito, occorre ricercare se l'altra pure si estingua o persista. Giustamente quest'indagine prende il nome dei rischi, perchè se, nonostante la liberazione del debitore, il creditore seguita ad essere obbligato verso di lui, il rischio è a carico del creditore (*res perit creditore*), mentre, se in conseguenza della liberazione del debitore il creditore ottiene pure la propria liberazione, il rischio è a carico del debitore (*res perit debitore*).

Ora, finché la dottrina si sforza di risolvere la questione dei rischi con criteri relativi a quella del fortuito (1), i suoi conati riescono vani. Infatti, altro a stabilire quando il debitore sia liberato dall'obbligazione, ed altro come e quando, in conseguenza della liberazione del debitore, anche il creditore possa essere liberato dall'obbligazione che corrisponde a quella estinta (2). Il caso fortuito riguarda l'obbligazione in sé: il rischio l'obbligazione in quanto si contrappone ad un'altra, e cioè la persistenza o meno di essa, sebbene si estingua un'obbligazione correlativa. La liberazione del debitore non indica ancora a carico di chi sfia il rischio, perchè, pur essendo il presupposto dell'estinzione dell'obbligazione che grava sul creditore, può anche non condurre all'estinzione stessa. E, nonostante la liberazione del debitore, il rischio può essere tanto a carico del creditore, il quale debba pagare senza nulla ricevere, quanto

(1) Laurent, loc. cit., n. 206-207, pag. 236-237.

(2) Pothier, *Traité du contrat de vente*, in *Oeuvres* (ediz. Bugnet), III, Paris 1847, n. 307, pag. 128.

a carico del medesimo debitore, il quale, perito l'oggetto o sopravvenuta l'impossibilità o una grande difficoltà di procurarselo, non riceva più nulla.

Aunque l'estinzione di un'obbligazione per caso fortuito e la sopportazione dei rischi sono due questioni diverse. Il decreto ha risolto la prima, non la seconda (1); ma di ciò non gli si può fare appunto, perchè anche il codice civile fa lo stesso. Ora non si può pretendere che i provvedimenti presi in vista di bisogni speciali riparinno anche alle lacune d'ordine generale, esistenti, o credute esistenti, nella legislazione. Soprattutto è assurdo che la legislazione sorta di botto debba considerarsi come la più adatta a perfezionare quella formatasi attraverso una lunga pratica e quindi sulla guida sicura dell'esperienza.

(1) Riconosce che il decreto 27 maggio 1915 non apporta alcuna innovazione alla legge comune in ordine alle norme che governano la risoluzione dei contratti la Corte d'appello di Torino, nella sentenza 7 luglio 1916 cit., alla pag. 35 pure cit. Cfr. Trib. Firenze 8 luglio 1916 cit. Il che non toglie che la disposizione di tale decreto possa valere non soltanto ad esonerare dal risarcimento dei danni, ma anche a giustificare la domanda di risoluzione del contratto: App. Milano 1 febbraio 1916, in *Temì lombarda*, IX, col. 81. Cfr. Trib. Milano 6 marzo 1916; loc. cit., col. 287.

Quest'ultimo aspetto sotto cui può essere considerata la disposizione del decreto viene messo in rilievo dall'Ascoli, il quale molto opportunamente lo contrappone al primo rilevando che l'affermazione della Corte d'appello di Torino, nei suoi termini generici, può essere giusta, perchè l'esonero dall'adempimento di una obbligazione per causa di forza maggiore non coincide necessariamente colla risoluzione di un contratto; ma che nel caso particolare della locazione, come la disruzione della cosa locata scioglie il contratto di diritto, e non esime soltanto il locatore dal fornire il godimento promesso (art. 1578 cod. civ.), l'impossibilità della prestazione, alla quale il decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, n. 739, parifica l'eccessiva onerosità, deve sciogliere il contratto e non esonerare semplicemente il conduttore dal pagamento (*Forza maggiore, ecc.*, pag. 797). Il rilievo è senza dubbio felice; ma se esso potesse ancora essere suscettibile di una modificazione, a mio modesto avviso, invece di dire che l'affermazione della Corte è giusta nei suoi termini generici, si dovrebbe sostenere che essa è giusta in quanto si consideri ciò che il decreto dispone direttamente e non si badi a ciò che dalla sua disposizione indirettamente può scaturire. Più che di termini generici e di termini specifici, si dovrebbe parlare di dichiarazione espressa e di conseguenza implicita. Anche a questo proposito però occorre sempre tener presente che la risoluzione del contratto, oltre ad essere soltanto una conseguenza della disposizione, è una conseguenza puramente eventuale, per cui, nonostante la forza dell'argomento che si può addurre in contrario (vedi retro nota 3 della pag. 252), in senso vero e proprio non si può asserire che il decreto conceda la risoluzione dei contratti. Tutto ciò non toglie che, potendo la risoluzione del contratto essere una conseguenza della liberazione del debitore la disposizione che modifica le condizioni di questa venga necessariamente a modificare le condizioni di quella; onde sotto un altro aspetto, e sempre tenendo presente che la risoluzione del contratto, pur dipendendo dalla liberazione del debitore, non dipende da essa in modo inevitabile e necessario, si può concludere che la disposizione del decreto, la quale regola la liberazione del debitore, determina pure la risoluzione del contratto.

23. Finchè alla critica mossa al decreto si contrappone soltanto l'esempio del codice civile, si potrebbe sempre replicare che il difetto della legislazione speciale non cessa di esistere per ciò che esso si riscontra pure nella legislazione generale. Ma la legislazione generale, essendosi formata col sussidio della storia, non procede a caso, e in tutti i suoi atteggiamenti è sempre mossa da qualche ragione. Così deve pure essere del codice civile quando, dopo avere stabilito l'effetto del caso fortuito sull'adempimento di un'obbligazione, non determina l'effetto della liberazione dell'obbligato sull'adempimento di un'obbligazione esistente verso di lui. Bisogna quindi ricercare la ragione per cui il codice civile non ha risolto questa questione. E a siffatta ricerca è di valido aiuto l'esame della legislazione speciale, perchè quella ragione si induce precisamente dalla soluzione che la questione riceve nel caso previsto da tale legislazione. In questo caso infatti la ragione per cui non si stabiliscono gli effetti del fortuito inadempimento di un'obbligazione sull'obbligazione corrispondente appar chiara per poco che si esaminino gli effetti stessi.

La liberazione di un obbligato in conseguenza della guerra può prima di tutto lasciare intatta l'obbligazione corrispondente. Così avveniva ad es. nei contratti agrari di salariato fisso col primo decreto luogotenenziale ad essi relativo (8 agosto 1915), in forza del quale i proprietari erano obbligati a conservare alle famiglie dei coltivatori che si trovassero sotto le armi le abitazioni, le corrispondenti e le compartecipazioni secondo le convenzioni locali (articolo 1). E se, come abbiamo altra volta avuto occasione di mettere in luce (1), la persistenza di un'obbligazione nella sua integrità nonostante il totale o parziale venir meno dell'altra, conduce in questo caso ad una stridente ingiustizia, tanto che opportunamente la disposizione che la consacra venne modificata con un decreto successivo, ciò non toglie che si possano benissimo immaginare casi in cui tale persistenza per le stesse esigenze dell'equità deve essere riconosciuta.

Secondariamente la liberazione di un obbligato in conseguenza della guerra può modificare l'obbligazione corrispondente. La modificazione può aver luogo nel senso di lasciare sussistere una parte soltanto dell'obbligazione primitiva. Così, nel caso ora citato del contratto agrario di salariato fisso, in forza del secondo decreto luogotenenziale.

(1) La guerra come causa di risoluzione dei contratti agrari di salariato fisso, in *Diritto e giurisprudenza*, XXXI, 1, col. 492-499.

tenenziale che riguarda tale contratto (30 settembre 1915), il proprietario rimane tenuto, nonchè a conservare l'abitazione al colono chiamato sotto le armi, ad una parte delle corrispondenti in denaro ed in natura a lui dovute a tenore del contratto (art. 3) (1). Così nel caso del contratto di impiego (decreto 1.º maggio 1916), per la durata del servizio militare in seguito a richiamo, le aziende private che impiegano più di tre persone sono tenute a corrispondere: a) agli impiegati che nel momento del richiamo sotto le armi avessero compiuto dieci anni di servizio, se ammogliati o vedovi con figli minorenni, la metà dello stipendio, e negli altri casi un terzo; b) agli impiegati che abbiano tra i cinque ed i dieci anni di servizio, se ammogliati o vedovi con figli minorenni, un terzo dello stipendio, e negli altri casi un quarto (art. 3).

Da ultimo, la liberazione dell'obbligato in conseguenza della guerra può estinguere la corrispondente obbligazione. Così, nel contratto di compravendita, ogni qualvolta la fornitura di una data merce sia assolutamente impossibile o, in forza del decreto in esame, eccessivamente onerosa nel termine in cui è a ritenersi ne abbia bisogno il compratore, l'obbligo del venditore si estingue e il compratore non è più tenuto al pagamento del prezzo. In tale caso qualcuno afferma che il contratto è troncato, decaduto, risoluto (2). Io credo che, volendo abbandonare quest'ultima espressione per contraddistinguere il caso in esame da altri in essa egualmente compresi, più semplicemente si debba dire che il contratto è revocato o cessa. Adunque la guerra può avere per effetto la conservazione, la riduzione o la cessazione del contratto.

24. Senonchè, oltre a questi effetti, la guerra ne può anche avere altri, che in correlazione ai primi, possono essere chiamati di proroga, sospensione o di risoluzione del contratto. In forza di decreti recentemente coordinati (26 dicembre 1916), l'inquilino capo di una famiglia, che si trovi sotto le armi ed abbia adempiuto agli obblighi del con-

(1) Contro questa disposizione, dopo che già era stato pubblicato l'articolo citato alla nota precedente, ebbe a pronunciarsi la Commissione agraria della provincia di Alessandria (*La Stampa*, 12 gennaio 1917, pag. 3), la quale, allegando che l'obbligo di conservare l'alloggio alla famiglia del salariato fisso chiamato sotto le armi rende più gravi gli inconvenienti prodotti dalla difficoltà di sostituire la mano d'opera venuta a mancare per i richiami alle armi (considerando n. 3), fece voto che fosse data facoltà alle Commissioni arbitrali mandamentali di autorizzare i conduttori di fondi ad assolvere con un compenso mensile in danaro l'obbligo di conservare l'alloggio, come pure quello di effettuare altre prestazioni in natura alla famiglia del salariato fisso richiamato (voto n. 3).

(2) Cogliolo, op. cit., n. 47, pag. 109.

tratto di locazione, il cui prezzo non superi una certa misura, ha diritto di ottenere la proroga del fitto alle medesime condizioni per tutta la durata della guerra e per due mesi successivi (art. 6). Nella compravendita, allorché, in conseguenza di bombardamento, siluramento od interruzione nelle comunicazioni, certe merci non si possono avere al momento indicato bensì in momento ancora utile per lo scopo che si propone il compratore, il venditore può effettuarne la consegna in epoca posteriore a quella fissata dal contratto e il compratore può essere costretto ad accettarla.

Poiché l'inadempimento di un'obbligazione in conseguenza della guerra, invece di essere definitivo, può essere soltanto temporaneo, e il debitore, invece di essere liberato può semplicemente essere costretto a rinviare l'adempimento, anche l'obbligo della corrispondente prestazione viene rinviato e l'esecuzione del contratto nel suo complesso rimane sospesa. L'impossibilità momentanea, come libera il debitore solo finché dura lo stato di cose che impedisce l'adempimento, così libera dalla propria obbligazione il creditore, finché in conseguenza di tale stato di cose egli non sia stato soddisfatto. E, a differenza dell'impossibilità parziale, ma definitiva, che modifica la prestazione e riduce la portata del contratto, essa muta soltanto il tempo della prima e sospende l'esecuzione del secondo.

La sospensione ha luogo, più frequentemente che nella vendita di cose da trasmettersi in un solo momento, nella vendita a consegne ripartite, dove il caso di forza maggiore può o intervenire dopo che una parte del contratto sia già stata eseguita, o cessare prima che sia decorso il termine in cui il contratto avrebbe dovuto avere la sua piena esecuzione, perchè in questi casi l'utilità del contratto o è già in parte raggiunta per la prestazione già fatta, o si può ancora raggiungere nel tempo che deve decorrere; onde è più facile ritenere che nell'intenzione delle parti il contratto non debba venir meno.

Da ultimo si presenta ancora una situazione: il capofamiglia conduttore di un immobile, che si trovi sotto le armi, ha la facoltà di chiedere l'immediata risoluzione del contratto di affitto (art. 4 decreto luogotenenziale 26 dicembre 1916, cit.). La risoluzione che il conduttore può ottenere non deve confondersi colla risoluzione a cui egli abbia diritto, perchè, mentre questa deriva dall'estinzione di un'obbligazione per impossibilità o difficoltà di adempimento, quella non presuppone nè l'una, nè l'altra, bensì la piena efficacia del contratto, e costituisce un vantaggio attribuito al conduttore in vista della particolare circostanza della sua chiamata alle armi. Nella prima ipotesi la causa della

risoluzione sta nel venir meno di uno degli elementi del contratto, e quindi in un fatto non imputabile al contraente: nella seconda invece sta unicamente nella sua volontà. Poichè anche in un'altra ipotesi lo scioglimento del contratto è rimesso all'apprezzamento del giudice, il problema che ci proponiamo di risolvere in fine della trattazione ci costringerà a ritornare ancora su questa differenza. Per ora a noi basti aver rilevato che, anche quando il fatto della guerra non induce la liberazione di un obbligato, esercita l'azione più diversa sugli effetti del contratto.

Adunque, la modificazione che può subire un'obbligazione in conseguenza della guerra si riflette nel modo più vario sull'obbligazione corrispondente. Questa varietà è tale da rendere impossibile la formula di un principio generale e quindi la sintesi della legge. Perciò tanto il codice civile quanto il decreto luogotenenziale 27 maggio 1915, n. 739, si astengono dallo stabilire l'effetto che il fortuito inadempimento di un'obbligazione ha sull'adempimento di quella che nel contratto sinagmatico ad essa si connetta.

25. Nel caso però del locatore tenuto a riscaldare l'alloggio del conduttore, la questione di cui si lamenta la mancata pronuncia legislativa si risolve in modo così sicuro da non dar luogo a dubbio, perchè, non avendo l'obbligo del compenso alcuna ragione d'essere al di fuori del fatto immediato del riscaldamento, una volta che il locatore non è più obbligato a questo, il conduttore non può essere obbligato a quello. Il rischio è indubbiamente a carico del debitore e solo si tratta di stabilire come ciò si giustifichi.

Incominciamo ad esaminare la questione in un contratto di riscaldamento indipendente dal contratto di locazione, e fermiamoci su uno di quei contratti in sè prescindendo dai rapporti che esso possa avere con quest'ultimo. Poichè l'estinzione dell'obbligo del conduttore si riduce all'obbligo del locatore di sopportare il rischio della cessazione del riscaldamento, occorre ricercare come la questione dei rischi, la cui soluzione si impone con tale sicurezza nel caso speciale da porgere un valido aiuto alla soluzione della medesima in linea generale, debba risolversi secondo i principii del codice civile.

I rischi sono in prima linea a carico di colui sul quale le parti intesero di metterli. Così la perdita della cosa o la cessazione della prestazione ricade sul debitore o sul creditore a seconda che è stabilito dal contratto. Ma con ciò la questione non è ancora risolta, perchè se essa si riduce ad un'interpretazione di volontà rimane sempre a sta-

bilire a carico di chi debba essere messo il rischio quando nessuna volontà sia stata manifestata. Ora questa ricerca è altrettanto antica quanto grave. Nella dottrina del diritto comune essa è intrapresa distinguendo fra obbligazioni di fare e obbligazioni di dare, perchè nelle prime sarebbe evidente non dover il creditore essere tenuto al corrispettivo se non in quanto il fatto sia stato compiuto. Il dubbio è tutt'altro che infondato, tant'è vero che nell'esempio tipico di queste ultime obbligazioni, e cioè in materia di vendita, il codice civile ricalcando le orme del diritto romano, per il quale pure comunemente si sostiene non essere il venditore obbligato a dare, segue la soluzione opposta, e il compratore è tenuto a pagare il prezzo ancorchè la cosa sia perita nelle mani del venditore (articoli 1480, 1125; cfr. art. 1448).

Qualunque sia la ragione di questo fatto, esso dà luogo alla massima *res perit creditorum*, per cui, stipulato e reso perfetto il contratto, i diritti delle parti restano fissati invariabilmente, in modo che, se l'una acquista il diritto alla prestazione, l'altra l'acquista alla controprestazione. Per effetto di quella massima, il termine frapposto all'esecuzione non tocca l'esistenza del diritto la quale si avvera anche prima dell'esecuzione ed indipendentemente da essa. Così pure, liberando colui la cui prestazione è impossibile o eccessivamente onerosa, e quindi spogliando il creditore del suo diritto, non gli si farebbe alcun torto, perchè la privazione sarebbe dovuta al caso, mentre invece, se egli a sua volta venisse liberato dall'obbligo della controprestazione, si lederebbe il debitore, il quale in tal modo verrebbe ad essere privo di un diritto da lui irrevocabilmente acquistato prima dell'adempimento.

26. A ciò si riconosce potersi opporre che, anche in forza di un contratto di compravendita perfetto, il compratore non intende di fare semplicemente un pagamento, come se si trattasse di una cambiale, ma di pagare il prezzo di una cosa: e il venditore non si propone semplicemente di trasmettere una cosa, come se addivesse ad una donazione, bensì di darla a un determinato prezzo. Ma a quest'obiezione si replica che essa non gioverebbe, perchè il vincolo, una volta perfetto, esisterebbe nonostante il mutarsi dei suoi elementi, onde, per giudicare degli effetti che esso può produrre, bisognerebbe guardare al momento della sua perfezione, non a quelli successivi.

In tal modo un mutamento posteriore alla perfezione del contratto, di per sé, non potrebbe distruggere gli effetti prodotti dalla perfezione medesima. Il creditore dovrebbe la contropre-

stazione ancorchè non abbia ricevuto la prestazione, non già perchè quella sia ancora possibile, o perchè la cosa perita fosse già entrata nel suo patrimonio, o perchè manchi una connessione fra essa e la prestazione; ma perchè la controprestazione che egli deve non sarebbe più sua, non farebbe più parte delle cose che gli appartengono, e fin dal momento della perfezione del contratto sarebbe già passata nel patrimonio dell'altro contraente, di guisa che egli, non effettuandola, verrebbe a ledere un diritto innegabilmente sorto a favore di quest'ultimo e a lui irrevocabilmente acquisito (1).

Così, pur ammettendo l'efficacia delle surriferite obiezioni, parrebbe riconfermarsi dal punto di vista razionale il principio che il compratore sia obbligato a pagare il prezzo, sebbene non riceva più la cosa. Invece in realtà non è così, onde conviene piuttosto concludere che, nonostante la replica fatta a difesa di quel principio, le obiezioni mosse ad esso lo distruggono. Siffatta conclusione è giustificata dal punto di vista storico e dal punto di vista logico. Infatti nella medesima vendita il diritto romano seguiva pure il criterio opposto, riconoscendo essere consono alla buona fede che il compratore il quale non fosse più tenuto al pagamento del prezzo in forza del beneficio di qualche legge, non potesse costringere il venditore a trasmettergli la cosa che ancora non gli fosse stata consegnata (2).

Dal punto di vista razionale poi, la suesposta conclusione si impone in modo evidente. Infatti, la prestazione del compratore costringe a pagare il prezzo senza ricevere la cosa non può essere che o un corrispettivo o un'indennità. Ma un corrispettivo non è ammissibile se non in quanto abbia luogo una controprestazione, un'indennità non può essere dovuta che in quanto vi sia stata una colpa. Ora allorquando per un caso fortuito la cosa venduta è perita, la controprestazione non ha luogo e la colpa non c'è; onde, mantenendo l'obbligo del compratore, come acutamente si è osservato (3), si va direttamente contro l'intenzione delle parti e la natura del contratto sinallagmatico. Il codice civile, dopo avere stabilito che il compratore è tenuto a pagare il prezzo, ancorchè la

(1) Coviello N., loc. cit., cap. III, § 14, pag. 183-187.

(2) L. 50 D. de act. emti et vend. 19, 1.

(3) Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand* (3.^a ediz.), Paris 1914, n. 182, pag. 201. Cfr. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II (6.^a ediz.), Paris 1912, n. 133-1336, pag. 441-442.

cosa sia perita nelle mani del venditore, introduce delle eccezioni a questo principio (artt. 1450 e 1452), e, nei casi in cui esso rimarrebbe in vigore, gli interpreti trovano il modo di renderlo innocuo ammettendo il patto implicito di riserva del dominio.

Adunque, neppure per le obbligazioni di dare è in realtà possibile una regola diversa da quella propria alle obbligazioni di fare, perchè, anche per esse, l'adempimento di una parte deve essere subordinato a quello dell'altra, e, qualunque sia l'obbligazione di cui si tratta, la sua efficacia dipende sempre da quella dell'obbligazione correlativa. Colui che non deve più ricevere niente, non può essere ancora obbligato a pagare: colui che da parte sua cessa di essere obbligato non può pretendere l'adempimento di un'obbligazione. E di regola, nonostante l'affermazione contraria, il rischio deve essere a carico del debitore.

27. Del resto, poichè nel caso del locatore obbligato al riscaldamento dell'alloggio del conduttore l'obbligazione ha per oggetto un fare, non è nemmeno necessario mettere in luce tale principio in linea generale. Anche il decreto 8 marzo 1917, n. 403, sull'obbligo di riscaldare gli alloggi, consentì al proprietario di sospendere la prestazione del riscaldamento, saldo la rifusione o la riduzione di una quota della pigione già pagata o da pagarsi (art. 1). Non sorgendo dubbio sul principio in sé, ciò che importa non è tanto che se ne dimostri il fondamento quanto che si stabilisca il modo con cui esso si applica.

Con ciò si passa al secondo presupposto del concetto che il decreto 27 maggio 1915, n. 739, inverte la situazione delle parti: al principio cioè che in forza di questo decreto il creditore della prestazione che non ha più luogo debba conseguire la propria liberazione chiedendo la risoluzione del contratto a norma dell'art. 1165 del codice civile. Siffatta opinione trova un autorevole conforto nella dottrina francese, la quale ritiene che l'art. 1184 del codice civile francese, corrispondente a quello suindicato del codice nostro, permetta al giudice di pronunciare la risoluzione di un contratto anche in caso di inadempimento fortuito (1).

(1) Wahl, *La guerre considérée comme force majeure spécialement en matière de vente de marchandises*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, XIV, n. 45-46, pag. 416-418; cfr. n. 41, pag. 414. Vedi pure l'affrettata compilazione del Meignen, *Les contrats et la guerre* (3.^a ediz.), Paris, senza data, n. 9, pag. 5. La medesima opinione venne recentemente seguita dalla nostra giurisprudenza ed approvata dalla direzione di una Rivista, in un caso di inadempimento non imputabile al debitore per causa diversa dalla guerra: Cassaz. Torino 19 dicembre 1916, in *Giur. tor.*, 1917, col 227,

Ma sebbene la risoluzione di contratti, tanto in conseguenza della guerra del 70 quanto in conseguenza della guerra attuale, sia stata pronunciata dalla giurisprudenza francese senza obbligo di risarcimento di danni precisamente in forza di quella disposizione, la suesposta opinione non è esatta. Infatti, l'art. 1165 del cod. civ. regola la risoluzione del contratto allorché il contraente che non ha adempiuto alla sua obbligazione sia in colpa e l'altro abbia diritto al risarcimento dei danni. Ora nel caso nostro il debitore è liberato per un caso fortuito e non può essere tenuto a tale risarcimento; onde la risoluzione non deve essere concessa a tenore di tale disposizione. Questa suppone esistere nel creditore un'azione di cui essa è ed-un-tempo sanzione e garanzia. La risoluzione di cui si tratta, invece, presuppone la liberazione del debitore.

L'art. 1 del decreto 27 maggio 1915, n. 739, non introduce nessuna innovazione nell'applicabilità della clausola *rebus sic stantibus*. Infatti, esso modifica unicamente la disposizione relativa al caso fortuito. Ora, allorché una delle obbligazioni di cui il contratto si sinallagmatico risulta si estingue per caso fortuito, il contratto si scioglie non per l'inadempimento di uno dei contraenti, ma per l'avverarsi della condizione implicitamente posta dalla volontà di entrambi. Questa condizione è precisamente data dalla clausola *rebus sic stantibus*. Il decreto quindi, anziché condurre ad un risultato diverso da tale clausola, non fa che richiamarla. Perciò, se ad esso si dovesse attribuire un effetto in proposito, non soltanto esso non farebbe dipendere la risoluzione del contratto da una richiesta del creditore, ma, com'è si è deciso (1), legittimerebbe la domanda di risoluzione del medesimo a favore della parte la quale provi la impossibilità o l'eccessiva onerosità della prestazione, ossia a favore del debitore.

Nello stesso modo che il caso fortuito o di forza maggiore è il fatto di fronte al quale le parti vollero che il debitore, fosse liberato, la liberazione del debitore è in questo caso il fatto di fronte al quale le parti intesero che il contratto non avesse più esecuzione. Il caso fortuito o di forza maggiore non esiste che ove si presuma averlo voluto le parti, e la legge lo ammette ove presume

e note 1-3 ivi. Per il testo della sentenza vedi specialmente col. 229. Mette invece in rilievo la differenza fra l'inadempimento colposo e l'impossibilità della prestazione il Trib. di Milano, 19 dicembre 1915, in *Dir. comm.*, 1916, 2, pag. 152; e si affaccia il quesito a cui essa dà luogo, il Petrone, n. 30, loc. cit., col. 593.

(1) Trib. Milano 6 marzo 1916 cit.

aver queste voluto concedere la liberazione del debitore, onde il decreto che modifica le disposizioni relative al fortuito si applica solo in mancanza di una dichiarazione di volontà diversa, e, anziché contraddire alla volontà stessa, stabilisce il risultato a cui essa condurrebbe se fosse stata manifestata.

La clausola *rebus sic stantibus* è pure la manifestazione di questa volontà. Se essa è stata posta in modo esplicito, i termini oltre i quali il contratto perde ogni valore sono segnati dalla volontà delle parti in modo da non lasciar luogo a dubbio. Se tale clausola non è stata posta esplicitamente, essa può sempre essere stata sottintesa. Come nulla impedisce alle parti di stabilire che un cambiamento prodotto dagli avvenimenti esteriori diminuisca o sopprima l'una o l'altra delle due obbligazioni, e sopprimendo l'una sopprima anche l'altra, nulla impedisce al giudice di scorgere nella volontà delle parti l'intenzione di sottintendere una tale clausola.

Indubbiamente il concetto che un contratto possa essere infranto se cagiona perdite eccessive ad uno dei contraenti, è dei più pericolosi, perchè va direttamente contro al principio della sicurezza delle contrattazioni e alla disposizione dell'art. 1123 cod. civ., per cui i contratti legalmente formati hanno forza di legge per le parti contraenti e non possono revocarsi se non per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge; ma d'altra parte è chiaro che le parti non possono aver voluto che danni imprevisi e tali che, se previsti, avrebbero gravemente modificato le loro stipulazioni, siano a carico esclusivo di una di esse. In questo senso le parti ebbero sempre di mira un certo equilibrio nei sacrifici che intesero di imporsi, in modo che, ogni qualvolta sia intervenuto un mutamento nelle circostanze in vista delle quali venne stipulato il contratto, e esso sia tale che se una delle parti l'avesse potuto prevedere o non si sarebbe obbligata o si sarebbe obbligata a condizioni diverse, o avendolo anche previsto esso non deve essere sopportato in conseguenza dell'alea inerente al contratto, l'equità esige che questo debba essere risolto (1).

(1) Manara, *Sulla clausola « rebus sic stantibus » nei contratti continuativi di fornitura*, in *Riv. del dir. comm.*, XIV, 2, pag. 46-53; Dusi, *Sulla clausola « rebus sic stantibus »* (estratto dalla *Rivista del diritto commerciale*, XIII, 2), Milano 1915, pag. 9; Wahl, nota cit., n. 4, pag. 18-19. Cfr. pure da ultimo Cassaz. Torino 6 dicembre 1916, in *Giur. itor.*, LIV, col 129. In senso contrario, Carrara, pag. 657, n. 7, e loc. cit. alla nota 1. Diversamente da ciò che si sostiene in seguito, la risoluzione non è ammessa dall'Osti come avverantesi *ipso iure*, bensì come conseguenza indiretta di una reazione del debitore contro l'efficacia del

Taluno ritiene che soltanto l'equità possa condurre a tale risoluzione e combatte l'opinione di coloro che ritengono aver questa il suo fondamento nella volontà delle parti (1). Ma poichè in materia contrattuale l'equità non altrimenti vale che in quanto è base di una presunzione di volontà, essa è puramente l'espressione di quest'ultima e le sue esigenze non si possono scindere da quelle della medesima. Così i dettati dell'equità si accertano nel caso concreto coll'interpretazione della volontà.

28. Comunque sia di ciò, è certo che, per il rispetto dovuto ai contratti, in mancanza di una manifestazione espressa, la clausola *rebus sic stantibus* deve essere ammessa con molta circospezione ed in via eccezionale. Ma nell'ipotesi in esame, dopo che una delle obbligazioni è venuta meno per caso fortuito, sia esso riposto nell'impossibilità o nella difficoltà di adempimento, le parti non possono non aver inteso che dovesse venir meno anche l'altra.

Il contratto si scioglie quindi per il venir meno della condizione stabilita per la sua efficacia. Come nel caso dell'inadempimento, esso si scioglie per volontà delle parti; ma, mentre in questo caso la condizione risolutiva tacita è subordinata all'apprezzamento del giudice, nel caso in esame essa spiega il suo effetto senz'altro. Infatti, nel primo caso l'opportunità di subordinare la risoluzione all'importanza dell'inadempimento e la necessità di difendere l'inadem-

contratto precedentemente concluso: *L'art. 61 cod. comm., cit.*, p. 26. In questo senso anche Segre, *Sulle questioni*, ecc. nota a della pag. 27, a pag. 28. E il medesimo Osti, *Appunti per una teoria della « sopravvenienza »* (*La così detta clausola « rebus sic stantibus » nel diritto contrattuale odierno*), in *Riv. di dir. civ.*, V, pag. 695 (n. 10) (*Appunti*, ecc., n. 27, pag. 680) e, invece di far derivare la risoluzione del contratto dall'estinzione dell'obbligazione, faccia discendere la estinzione dell'obbligazione dalla risoluzione del contratto. Ma in realtà non è, o almeno non dovrebbe essere, così, perchè allorché egli afferma che la risoluzione del contratto porta all'estinzione dell'obbligazione, mette unicamente in rilievo che l'obbligazione si estingue in quanto in un determinato caso l'estinzione sia ammessa dal contratto. Dapprima egli asserisce che il contraente vuole una cosa coll'entità economica che corrisponde alla sua rappresentazione e chiama la parte di volontà che non è dichiarata volontà marginale (n. 29, pag. 685-687). Poi aggiunge che anche questa volontà deve ritenersi dedotta nel contratto quando sia normale che l'altra parte la conosca (n. 31 e 32, n. 2, pag. 690-692). Ciò significa, a mio avviso, che il contraente vuole a certe condizioni e che con l'avverarsi di queste anche l'obbligazione creata dalla sua volontà si può estinguere, perchè, sempre per esprimere in altre parole il concetto dell'Osti, ogni qualvolta le condizioni, alle quali una delle parti ha voluto, sono a ritenersi note all'altra, esse devono considerarsi dedotte nel contratto.

(1) Pestalozza, *testo*, n. 5 e 7, pag. 26 e 31, note 55 e 66. In senso contrario però pag. 29-30, n. 2.

piente da conseguenze sproporzionate alla sua colpa fanno presumere che le parti abbiano inteso di lasciare un certo margine all'apprezzamento del giudice; nel secondo caso invece, nulla autorizza a ritenere aver esse voluto sovrapporre alla propria volontà, anche per una minima parte soltanto, quella di un terzo. Così, mentre, per ottenere la risoluzione di un contratto, nel primo caso è necessario adire il Magistrato, nel secondo caso la risoluzione avviene *ipso iure*, in modo che il Magistrato, eventualmente invitato a pronunciarsi su di essa, non fa che riconoscerla.

Allorché si afferma che in forza della clausola *rebus sic stantibus* la risoluzione del contratto per la mutazione delle circostanze di ambiente nelle quali si contrasse l'obbligazione può essere chiesta dal debitore, bisogna evidentemente presupporre che egli sia a ciò costretto dal mancato riconoscimento del suo diritto da parte del creditore. Adunque, non soltanto non è vero che, a tenore del decreto in parola, la risoluzione del contratto debba esser chiesta dal creditore; ma non è neppure vero che per la clausola *rebus sic stantibus* essa debba esser chiesta dal debitore. Per questa clausola la risoluzione del contratto non deve esser chiesta da nessuno; e se una delle parti è costretta ad adire le vie giudiziali, questa tanto può essere il creditore quanto, come nel caso della pronuncia sopra ricordata, il debitore.

29. Ad ogni modo con ciò è risolta negativamente l'ultima questione che si è fatta sorgere dalla disposizione dell'art. 1 del decreto 27 maggio 1915, n. 739: è escluso cioè che in base a tale disposizione debba il creditore chiedere lo scioglimento del contratto. Ma anche a tale proposito occorre prevenire un equivoco.

Prima del decreto 8 marzo 1917, n. 403, relativo all'obbligo dei proprietari di immobili urbani di provvedere al riscaldamento, indubbiamente l'inquilino, che nel caso concreto è il creditore, doveva proporre una domanda giudiziale ogni qualvolta non ammettesse che il proprietario potesse esimersi dal fornirgli il riscaldamento stesso, perchè solo quando il creditore chieda l'adempimento di un'obbligazione, il debitore può provare il caso fortuito che lo libera dalla medesima. Ma, una volta ammesso il caso fortuito che sottrae il proprietario debitore all'obbligo del riscaldamento indipendentemente dal nuovo decreto o in seguito ad esso, l'inquilino creditore non aveva, o non ha, d'uopo di chiedere nulla, perchè ora, o è, senz'altro liberato dall'obbligazione del corrispondente com-
penso.

Il nuovo decreto conferma questa soluzione riconoscendo in modo espresso il diritto alla rifusione o alla deduzione della quota già pagata o da pagarsi e non ammettendo controversie che sull'ammontare della medesima (art. 1). Nel contratto sinallagmatico, allorché una delle obbligazioni si estingue, l'altra viene meno per mancanza di causa e il contratto perde ogni valore (cfr. art. 1578 cod. civ.). La necessità di esprimere lo scioglimento del vincolo giuridico in questo caso colla medesima parola con cui si designa lo scioglimento di esso per inadempimento di un'obbligazione che abbia conservato il suo vigore (art. 1165 cod. civ.), porta a confondere l'un caso coll'altro. Ma l'identità dell'espressione non toglie che essi siano diversi, e che, mentre la risoluzione di un contratto per inadempimento colposo di un'obbligazione presuppone l'esistenza del contratto stesso, la risoluzione di questo per il fortuito estinguersi di un'obbligazione presuppone la cessazione di ogni effetto del medesimo, e assume l'aspetto di una vera e propria dissoluzione.

Questa parola è adottata da due autorevoli scrittori francesi per comprendere tutte le cause che mettono fine ai contratti, qualunque sia il loro effetto, e cioè tanto se il contratto cessa, ma le cose devono essere rimesse nello stato in cui sarebbero se esso non fosse mai stato stipulato, quanto se il contratto ha fine, ma lascia sussistere gli effetti che può aver prodotto in passato: tanto cioè se esso cessa cancellando le tracce della precedente sua esistenza, quanto se ha fine lasciando tali tracce. Mentre uno di quelli scrittori adduce aver previsto altri codici casi di siffatta dissoluzione del contratto in contrapposto a quelli di risoluzione, entrambi, mettono in rilievo la differenza fra le due specie di scioglimento ora in esame, considerando la prima come la specie di una categoria e chiamandola *résiliation*, considerando la seconda come la specie di un'altra categoria e chiamandola *résolution* in senso stretto (1).

A ciò potrebbe pure sembrare adatta l'espressione colla quale i legisti francesi contraddistinsero le azioni di rescissione dalle altre azioni di nullità. Ma poichè quelle azioni, derivanti dai contratti

(1) Salicrutes, n. 181, pag. 199-200 e nota 1 di quest'ultima pagina; cfr. n. 184, pag. 204; Planiol, II, per la parola *dissolution*, n. 1270, pag. 419, n. 1271, pag. 420, e n. 1387, pag. 442; per la parola *résiliation*, n. 1270, pag. 420, n. 1328, 1333, pag. 439-441, n. 1338, nota 2, e 1339, pag. 442-443. Egli, al n. 1313, pag. 455, e al n. 1339, pag. 443, dimostra che l'art. 1184 cod. civ. fran. 1165 cod. civ. it.) riguarda unicamente il caso in cui l'inadempimento sia imputabile a colpa del debitore.

affetti da qualche vizio di volontà (errore, violenza, dolo) o di capacità (minorità, ecc). erano concesse allorché per il diritto romano sarebbe spettata la restituzione in intero, tale parola, a parte il significato più ristretto che essa ha nell'uso comune (nullità fondata su una lesione), riguarda casi in cui il contratto non cessa solo di produrre effetti per l'avvenire, ma ripara anche a quelli prodotti in passato. Adunque, se nella nostra lingua non è possibile trovare una parola più tecnica, diversa da quella di risoluzione o scioglimento, si deve affermare che, ove una delle obbligazioni si estingua per caso fortuito, il contratto non si risolve o si scioglie, bensì cessa o si revoca. Con ciò si vuol precisamente significare che, a differenza di quanto avviene nell'inadempimento colposo, esso perde ogni valore nel senso che non fa neppure sorgere un diritto in conseguenza del suo venir meno.

30. Ammessa così la cessazione o revoca del contratto di riscaldamento, occorre indagare quale sia l'effetto della cessazione di questo servizio allorché il contratto che lo riguarda si innesti sur un contratto di locazione. Il nuovo decreto 8 marzo 1917 n. 403, sull'obbligo di riscaldare gli alloggi ha risolto tale questione; ma poiché il decreto fu provocato da ragioni estranee al rapporto fra locatore e conduttore, è sempre interessante stabilire come quella questione si sarebbe dovuta risolvere prima del decreto stesso.

Per lo più si riteneva che il locatore, il quale cessasse di riscaldare, si rendesse inadempiente in base al contratto di locazione e facesse quindi sorgere nel conduttore il diritto di chiedere la risoluzione di tale contratto per inadempimento, ossia a tenore dell'art. 1165 del codice civile. In molti casi, fra cui anche in quelli presentatisi al Tribunale ed alla Corte d'appello di Torino, a ciò ha indubbiamente condotto il fatto che l'obbligo del riscaldamento costituisce una delle clausole del contratto di locazione.

Ma finché la questione era formulata nei supposti termini, non si arrivava ad una soluzione, perchè, sebbene materialmente il medesimo contratto, col quale una persona si assumeva verso un'altra l'obbligo di farle godere una cosa, importasse pure un obbligo da parte sua di fornire il riscaldamento, e quest'obbligo apparisce strettamente connesso a quello, giuridicamente il contratto di locazione si sarebbe sempre distinto dal contratto che riguardava il riscaldamento, il quale non entrava nell'essenza del contratto di locazione, in modo che quando il locatore cessava di riscaldare, non si poteva affermare che fosse venuto meno all'obbligo derivante da esso. Perciò occorre preliminarmente stabilire in quale rapporto l'obbligo del riscaldamento sia col contratto di locazione.

A questo proposito giustamente il Tribunale osservava come l'obbligo del locatore di riscaldare per un certo tratto di tempo l'appartamento affittato sia da considerarsi come il contenuto di un contratto per se stante, indipendente da un contratto di locazione. Giustamente ancora il medesimo Tribunale aggiungeva più oltre che, pur essendo l'obbligo di fornire il riscaldamento ad un alloggio oggetto di un contratto connesso ad una locazione, può tuttavia essere considerato come distinto da essa. Tale obbligo, mentre ha vita parallela a quella della locazione, è da questa indipendente: è una speciale impresa che il proprietario poteva assumere o no, e che poteva anche essere assunta da persona estranea al contratto di locazione. Ma erroneamente il Tribunale traeva da ciò la conseguenza che l'inadempimento dell'obbligo del riscaldamento non può portare alla risoluzione della locazione a cui accade, e aggiungeva più oltre che l'obbligo del riscaldamento poteva essere assunto da persona estranea al contratto di locazione senza esercitare su questo né da questo subire alcuna influenza (1).

Siffatta conseguenza non reggeva, e non meno giustamente quindi la Corte d'appello la modificava mettendo in luce l'innegabile importanza che l'obbligo del riscaldamento ha per un inquilino. Per effetto di esso, infatti, questi si ripromette di avere nei suoi ambienti assicurato il calore per tutto il periodo consuetudinario della stagione invernale, e soprattutto di averlo fornito con un'uniformità di distribuzione, difficile ad ottenersi con un mezzo diverso da quello delle bocche di un calorifero. L'importanza del riscaldamento a mezzo di calorifero ad aria od a termosifone poteva, secondo la Corte, essere sempre meglio apprezzata quando si rifletta che esso è uno dei requisiti perchè un alloggio possa considerarsi signorile, o anche semplicemente di casa civile, e costituisce una comodità assai apprezzata, che si ha presente nella ricerca di un alloggio e di cui si suole tener conto nel contrattarne il prezzo di affitto. Soprattutto poi, sosteneva da ultimo la Corte, l'aver il proprietario nel cuore dell'inverno soppresso il riscaldamento privando l'inquilino non solo di una comodità dovuta, ma sottoponendolo anche ai molestici disagi che tale soppressione produce, si sostanzia in un inadempimento tutt'altro che lieve, e tutt'altro che inetto per se stesso a legittimare una domanda di risoluzione.

31. Secondo la Corte, dunque, l'inadempimento sarebbe stato

(1) Loc. cit., pag. 626, 629-630.

grave; ma nell'approvarle le conclusioni bisogna fermarsi qui ed evitare di seguirla là dove ha determinato di quale inadempimento si tratti. A torto, infatti, la Corte ritenne che l'inadempimento riguardasse il contratto di locazione e che dia luogo alla risoluzione del medesimo, se esso deriva da colpa del locatore, ad una congrua diminuzione del canone di fitto, se esso ha luogo indipendentemente da tale colpa.

La Corte, partendo dal principio che l'obbligo del riscaldamento formava una delle clausole della convenzione fra locatore e conduttore, non esitò ad escludere che esso formasse semplicemente un'obbligazione accessoria alla convenzione stessa, costituisse cioè un negozio che, pure innestandosi su un altro, serbasse una vita distinta ed un carattere speciale, in modo che la sua inadempienza potesse essere considerata con criteri diversi da quelli con cui si valuta l'inosservanza degli altri obblighi del locatore e del conduttore. Non c'è infatti alcun motivo, affermò la Corte, perchè l'impegno in discorso incontrò una definizione diversa da quella delle altre pattuizioni che alle parti sia piaciuto di stabilire. Tutte queste pattuizioni sono clausole di un unico contratto e perciò devono essere esattamente osservate. Il voler considerare il locatore quale imprenditore del riscaldamento e concepire persino in lui un mutamento di personalità giuridica in quanto egli, nell'assumersi l'obbligo del riscaldamento e nel dargli esecuzione, diventerebbe un commerciante che provvede l'inquilino di carbone al pari di qualsiasi altro provveditore, non sarebbe stato ammissibile. Tanto meno poi quest'interpretazione avrebbe potuto essere ammessa quando il prezzo fosse stato stabilito in una somma unica, perchè, se i contraenti non hanno fissato alcun compenso separato e speciale per il riscaldamento, è evidente essere stata loro intenzione di considerare la prestazione del medesimo al pari della consegna degli ambienti di un alloggio nelle condizioni stabilite, e cioè fra quelle a cui il locatore era tenuto in corrispettivo del prezzo pattuito. Dopo di ciò, la Corte finiva col concludere che a comporre l'oggetto del contratto concorrevano pure il riscaldamento (1).

Questa conclusione era del tutto erronea. Eppure ad essa, come è stata tratta la Corte d'appello di Torino, erano trascinati coloro che volevano arrivare alla risoluzione del contratto di locazione per il mancato riscaldamento di un alloggio. Il Tribunale aveva messo in luce benissimo l'erroneità della suesposta conclusione; ma

per evitarla non aveva più ammesso la risoluzione della locazione per il mancato riscaldamento. Questa risoluzione doveva invece ammettersi. Pertanto non solo dal punto di vista del locatore, ma anche da quello del conduttore, la devoluzione ad arbitri delle controversie determinate dal maggior costo del riscaldamento, comunque esse sorgano, non doveva essere coattiva. Come il proprietario, il quale non avesse creduto di assumersi un maggior onere, così l'inquilino il quale non avesse potuto o non avesse voluto pagare il maggior canone che gli sarebbe stato messo a carico per l'aumentato costo del riscaldamento, aveva diritto di essere liberato dagli obblighi derivanti dal contratto di locazione.

Tuttavia, se, finchè alla risoluzione si arrivava attraverso il concetto dell'inadempimento del contratto di locazione, l'errore era inevitabile, occorre indagare se alla risoluzione stessa non si sarebbe potuto arrivare indipendentemente da siffatto concetto, il quale è la causa delle incertezze e degli errori tanto della dottrina quanto della giurisprudenza nella nostra materia.

32. La risoluzione del contratto di locazione non compete per inadempimento del medesimo. La risoluzione per inadempimento presuppone che questo abbia avuto luogo per colpa del locatore, tanto è vero che, a norma della disposizione che lo prevede (articolo 1165 cod. civ.), sarebbe spettato al conduttore il risarcimento dei danni. Nel caso concreto invece la risoluzione avveniva senza una colpa del locatore, e non s'ha dubbio che essa non potesse dar luogo ad un risarcimento di danni. Un inadempimento però c'era; e se esso esisteva, non riguardo al contratto di locazione, bensì riguardo al contratto di riscaldamento, occorre indagare come la risoluzione del primo potesse scaturire dall'inadempimento del secondo.

Il riscaldamento ha tale importanza, che ogni qualvolta il clima di una città non permetta nella stagione invernale di far senza di esso e ad esso non si possa provvedere altrimenti che per opera del proprietario della casa, il contratto di locazione non si poteva non interpretare nel senso che le parti abbiano voluto che esso cessasse quando il riscaldamento non fosse più fornito. L'importanza del riscaldamento nel contratto di locazione è stata giustamente messa in luce dalla Corte d'appello torinese; e poichè appunto in vista di essa il riscaldamento assurge al grado di una vera e propria condizione, posta in modo tacito, ma non per questo meno certo, al contratto di locazione, molto opportunamente la Corte ammetteva un apposito capo di perizia per stabilire quali difficoltà avrebbe incontrato l'inquilino a provvedere egli stesso al riscaldamento.

(1) Loc. cit., pag. 654-655.