

L'ALEA E IL CONTRATTO ALEATORIO: DALLA NOZIONE DI RISCHIO ALLA COSTRUZIONE DELLA CATEGORIA (Prima parte)*

di GUIDO BELLI



SOMMARIO: 1. Il significato comune della parola alea e l'agire a proprio rischio: l'inidoneità di una nozione astratta. – 2. L'alea e il *periculum* nel diritto romano classico. L'indagine sull'allocatione del rischio contrattuale e le riflessioni dogmatiche sull'*emptio spei*. – 3. L'evoluzione dell'idea di contratto aleatorio: verso la costruzione di una categoria unitaria. Il processo di affermazione del principio dello *iustum pretium* e della clausola *rebus sic stantibus*.

1. IL SIGNIFICATO COMUNE DELLA PAROLA ALEA E L'AGIRE A PROPRIO RISCHIO: L'INIDONEITÀ DI UNA NOZIONE ASTRATTA

La nozione empirica di alea, quale si ricava dal linguaggio comune, fa leva sulla possibilità di un evento favorevole o sfavorevole all'interesse di un individuo. Così genericamente intesa la si ritrova naturalmente insita in gran parte degli atti e delle occasioni della vita di un soggetto, ogniqualvolta per la sua attività si accampi, rispetto alle previsioni, un certo margine di rischio¹. L'agire umano, invero, nel suo normale atteggiarsi in un sistema di relazioni che assumono inevitabilmente quale punto di riferimento il futuro (sia pure, talvolta, come semplice proiezione di una vicenda già verificatasi, ma nondimeno ignota all'attore) risulta privo di una direzione univoca e spesso caratterizzato dall'incertezza².

Siffatta probabilità di un evento positivo o negativo, più o meno dipendente dalla mera sorte, ma comunque essenzialmente incerta, si pone

non di rado come elemento rilevante sul piano di determinate situazioni giuridiche, al punto da caratterizzarle nella loro essenza e nel loro contenuto³, e da farne l'oggetto di una specifica attenzione da parte del legislatore. Una nozione così astratta si presta, peraltro, esclusivamente a degli sviluppi di ordine filosofico, priva com'è di particolari proprietà descrittive: lascia, infatti, oscure le caratteristiche di quell'incertezza, i suoi confini e, soprattutto, il ruolo che essa svolge nella situazione aleatoria⁴.

Il rischio, del resto, si manifesta nella sfera di ciascun individuo, con capacità di incidere sul suo patrimonio, sulla sua incolumità, sulla sua stessa esistenza, e ciò a prescindere dal fatto che egli abbia stipulato un contratto⁵. Così inteso, il termine rimanda (ma senza identificarsi completamente) all'idea di una responsabilità da condotta o da accadimento – allo stesso modo di quella degli artt. 2050, 2051, 2052, 2053 e 2054 c.c. – e ad esso ci si riferisce con l'espressione, convenzionalmente accettata, di rischio extracontrattuale (o, come ritengo preferibile, «esocontrattuale»), in contrapposizione al rischio che origina da un atto di autonomia negoziale. In questa sua accezione, riecheggia un generale principio di equità e giustizia, avvertito dalla comune coscienza, che vuole l'eventualità di danni a terzi, necessariamente connessa ad un'attività, alla proprietà, o ad una *res*, essere imputata a chi quell'attività esercita o a chi di quella cosa si serve. Rischio che viene concepito, dai più, essenzialmente in termini negativi, quale «pericolo di un

* Il presente contributo è stato pubblicato previo parere favorevole espresso da un componente del Comitato per la valutazione scientifica.

¹ R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. del dir.*, II, Milano 1958, p. 1024.

² L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova 2000, p. 1.

³ R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 1024.

⁴ G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano 2004, p. 9.

⁵ L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riferimento ai contratti*, Milano 1942, p. 84.

male»⁶, possibilità di subire un pregiudizio o una perdita⁷, oppure, ancora, come condizione in cui versa un soggetto allorquando ad ogni sua scelta siano associabili diversi esiti, ciascuno con un determinato grado di probabilità.

In realtà, come è stato opportunamente osservato da alcuni, in natura non si danno né rischi, né pericoli, ma solo eventi ai quali conseguono altri eventi⁸; è la situazione alla quale il rischio è connesso che incide sulla sfera del soggetto, non il rischio in sé, che è neutro⁹: è un'entità soggettiva, un giudizio, una valutazione. In questa prospettiva, il rischio non attiene tanto alla sfera dei fenomeni naturali, quanto a quella delle possibilità di conoscenza umane, che sono per definizione limitate: non potendo gli individui conoscere con precisione tutti gli antecedenti causali, non sono in grado di sapere con esattezza se, ad esempio, il fondo produrrà o meno il raccolto, o se il carico arriverà a destinazione; possono, tutt'al più, fare semplici congetture¹⁰. Il rischio si riferisce, dunque, solamente alla situazione in cui si trovano una persona o una cosa, ed è sulla base dell'esperienza di ciò che normalmente accade in situazioni come quelle che l'uomo giudica, rispetto alla persona o alla cosa, la sussistenza della possibilità di un evento favorevole o sfavorevole o solo sfavorevole¹¹.

Spostando l'attenzione ad un altro contesto, quello dei contratti, la dottrina tradizionale, soprattutto in passato, ha ravvisato l'aleatorietà della stipulazione nell'incertezza del risultato economico conseguibile da una o da entrambe le parti¹², collegandola all'incertezza dell'attività umana¹³; così che un rischio esocontrattuale, in quanto tenuto presente dalle parti al momento della conclusione del contratto e in questo riproposto, è apparso idoneo, nella sua acquisita veste contrattuale, a mutare la stessa qualificazione del negozio, conferendole natura aleatoria. Ciò perché, si osserva, l'uomo «per via di piccoli sacrifici si studia di riparare agli infortuni che potrebbero colpirlo o tenta la fortuna o cerca di sottrarsi ai capricci di lei»¹⁴.

Si capisce, allora, la tendenza a fare dell'azzardo un elemento del contenuto del contratto, quale fonte di possibili benefici¹⁵; in tal modo si vanno a creare le condizioni per l'ampliamento degli affari, in quanto «lo spirito di intrapresa, allargando gli angusti limiti del presente, abbraccia lo avvenire per ricavarne attuali vantaggi»¹⁶, cosicché si fanno rientrare tra i possibili contenuti contrattuali anche elementi che, in senso stretto, non erano stati ritenuti utilizzabili.

2. L'ALEA E IL PERICULUM NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO. L'INDAGINE SULL'ALLOCAZIONE DEL RISCHIO CONTRATTUALE E LE RIFLESSIONI DOGMATICHE SULL'EMPTIO SPEI

L'etimologia della parola alea, oltre che antica, è controversa¹⁷. Di essa si faceva, comunque, uso per indicare una pluralità di circostanze ed eventi, incerti e rischiosi, caratterizzati dalla difficoltà nell'elaborare previsioni attendibili e verosimilmente approssimate all'esito finale¹⁸.

Secondo alcuna letteratura il termine deriverebbe dal latino «alea», che significava gioco d'azzardo e, più precisamente, giuoco dei dadi¹⁹. I giochi, che si articolavano in *tali* e *tesserae* distinguendosi nella forma, nella denominazione e nella materia²⁰, venivano tutti costruiti su un evento incerto, cioè sul risultato, che poteva svolgersi a vantaggio o svantaggio del giocatore: di qui la tendenza ad usare la parola alea per indicare genericamente la possibilità che una situazione determini esiti favo-

⁶ È in questo senso che il Tommaseo, nel *Dizionario dei sinonimi*, Milano 1867, intende il significato di rischio, rilevando però che i toscani, per accentuare l'incertezza tra un risultato nel bene e uno nel male, utilizzano l'espressione «risico». Cfr. A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano 1964, p. 76.

⁷ C. CARAVELLI, voce *Alea*, in *Nuovo D. it.*, I, Torino 1937, p. 307; G. SCALFI, voce *Alea*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, I, Torino 1987, p. 253.

⁸ A. ROCCO, *Il concetto del danno e il concetto del pericolo nel diritto penale*, in *Scuola positiva* 1909, p. 643; L. BIAMONTI, *Giudizio di probabilità e dottrine giuridiche*, in *R. it. sociologia* 1912, p. 4; A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 76.

⁹ L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰ P. GALLO, *Trattato del contratto*, I, Torino 2010, p. 218.

¹¹ L. BIAMONTI, *op. cit.*, p. 4.

¹² A. PINO, *Contratto aleatorio, contratto commutativo e alea*, in *R. trim. d. e proc. civ.* 1960, p. 1220.

¹³ J. DEPÉZ, *La lésion dans les contrats aléatoires*, in *Rev. trim. droit civ.* 1955, p. 2.

¹⁴ G. RIDOLFI, voce (*Alea, Aleatorii Contratti*), in *Dig. it.*, II, Torino 1929, p. 263. In tempi meno recenti, P. PONT, *Explication théorique et pratique du code civile*, VIII, Paris 1867, p. 261.

¹⁵ M. TROPLONG, *Dei contratti aleatori*, in *Commenti sul prestito, deposito, sequestro e contratti aleatori*, trad. it., Napoli 1879, p. 445. Conclusione riproposta anche da L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 3; e da G. DI GIANDOMENICO, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIV, Torino 2005, p. 8.

¹⁶ M. TROPLONG, *op. cit.*, p. 445.

¹⁷ V. FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli 2001, p. 7.

¹⁸ G. CAPALDO, *op. cit.*, p. 7.

¹⁹ R. KAHN, *La notion de l'alea dans les contrats, thèse pour le doctorat (sciences juridiques) par Raymond Kahn*, Paris 1924, p. 5.

²⁰ C.F. VON GLÜCK, *Commentario alle pandette tradotte e arricchito da copiose note e confronti col Codice Civile del Regno d'Italia*, Libro XI, Titolo V, *De aleatoribus*, Milano 1903, p. 536-537.

revoli o sfavorevoli ad un individuo, oppure ad un tempo a favore di uno e a sfavore dell'altro o viceversa²¹ e quindi, per trasposizione, l'impiego nel significato di caso fortuito e sorte. Vi è, peraltro, chi preferisce un'origine ancora più antica del termine, seppure dubbia, da individuarsi nel nome di un soldato greco, tale Alea appunto, che ai tempi della guerra di Troia avrebbe, secondo il racconto di Isidoro («*alea est ludus tabulae inventa a Graecis in otio troiani belli, a quodam milite, nomine Alea, a quo et ars nomen accipit*»), ideato il gioco dei dadi²²; e chi ricollega il significato al verbo greco «alò-mai»²³, utilizzato per designare l'incertezza.

Questa metamorfosi nel significato della parola e dei concetti è tarda nel linguaggio comune²⁴, anche se già nel diritto romano classico si adoperava il termine *periculum* nell'accezione in cui oggi si parla di alea. Lo si impiegava, tuttavia, con riferimento a contesti affatto diversi²⁵, per indicare il danno, anche non patrimoniale, considerato sia nel momento della possibilità del suo divenire, cioè come situazione pericolosa o pericolo di un danno, sia in quello del suo concreto avverarsi ma, anche in questo secondo caso, pur sempre in relazione ad una pregressa situazione pericolosa, quale che ne fosse la causa (dolosa, colposa o fortuita)²⁶. Ma *periculum*, nei testi romani, oltre che il danno in potenza o in atto, esprimeva anche il concetto del rischio in senso obiettivo, quale relazione tra un individuo e la situazione pericolosa, al

pari di come lo rappresenta il linguaggio volgare, così distinguendosi dalla responsabilità per inadempimento²⁷.

Il problema concernente l'allocatione del rischio (*periculum*) c.d. contrattuale atteneva alla sopportazione della perdita del vantaggio che l'una o entrambe le parti del rapporto obbligatorio, da qualsiasi fonte traesse origine, si erano ripromesse dall'attuazione, divenuta impossibile per circostanze non imputabili alle parti stesse, del risultato cui mirava il rapporto medesimo²⁸. Non sempre, quindi, veniva in considerazione sotto un profilo tecnico, dovendosi all'uopo distinguere tra rischio contrattuale e inadempimento imputabile.

L'indagine sul rischio contrattuale, propriamente individuato come pericolo in senso tecnico, presupponeva, dunque, la soluzione negativa della questione relativa all'imputabilità dell'inadempimento, occorrendo preliminarmente accertare che, alla stregua dei caratteri concreti del rapporto obbligatorio, l'inadempimento fosse dovuto a causa non imputabile e verificare, inoltre, che le parti non avessero pattuito estensioni di responsabilità del debitore inadempiente, né, tantomeno, che vi fosse stato alcun «trapasso» del rischio (come accade nella *mora debitoris*). Per cui, una volta stabilito che nessuno dovesse rispondere dell'inadempimento, emergeva la questione del rischio, cioè dell'individuazione del soggetto su cui doveva gravare la perdita del *commodum obligationis* verificatasi, per circostanze non imputabili, in seguito al mutato assetto di interessi stabilito dai contraenti²⁹. Era questo il *periculum* in senso tecnico; un rischio che qualificava il contratto nella sua essenza, così come avveniva per l'*emptio spei*³⁰.

Proprio le riflessioni sviluppatesi intorno a quest'ultima figura hanno contribuito in modo significativo alla definizione del concetto di alea ed hanno pure rivestito un ruolo determinante nell'analisi storica dei contratti aleatori³¹, tanto che la dottrina ha indagato la possibilità di elevarla a paradigma dell'intera categoria ed alcuni autori hanno concluso nel senso che *contractus spei* (*emptio* e *venditio spei*) e contratto aleatorio, in quanto sinonimi, sono suscettibili di indistinta utilizzazione³². L'indagine ha condotto a individuare nella *species*, nel cui ambito può trovare collocazione non solo l'*emptio spei* in senso stretto – nella quale l'alea viene in considerazione sotto il triplice profilo della qualità, quantità ed esistenza – ma anche l'*emptio rei speratae* – dove l'alea incide solo sull'aspetto qualitativo dei beni futuri – l'esistenza della categoria, in un processo di identificazione della *species* col *genus*³³. E questo perché gli altri contratti sus-

²¹ G. SCALFI, *op. cit.*, p. 253.

²² G. RIDOLFI, *op. cit.*, p. 253.

²³ C. CARAVELLI, *op. cit.*, p. 307.

²⁴ Per esempio non la si trova indicata nel vocabolario del Tramater del 1829, mentre nel dizionario del Petrocchi del 1912 si trova indicata con riferimento all'uso legale e commerciale della parola, quale «rischio eventuale cui va incontro chi firma un contratto per possibili perdite o lucri». Cfr. G. SCALFI, *op. cit.*, p. 254.

²⁵ A. GAMBINO, *op. cit.*, pp. 25-26.

²⁶ L. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova 1934, p. 17.

²⁷ G. DI GIANDOMENICO, *op. cit.*, p. 11.

²⁸ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 2a ed., Torino 1964, p. 705.

²⁹ E. BETTI, *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale. Atto illecito. Negozio giuridico*, Roma 1959, p. 3.

³⁰ A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 26-27; cfr. anche V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1954, p. 117, dove si sottolinea come la vigenza dell'antica regola *nulla venditio sine re quae veneat* non abbia impedito il riconoscimento, attraverso opportuni accorgimenti, della validità della vendita di cose future.

³¹ G. DI GIANDOMENICO, *op. cit.*, p. 12.

³² G. RIDOLFI, *op. cit.*, p. 256.

³³ G. RIDOLFI, *ult. op. cit.*, p. 256; cfr. anche C. CARAVELLI, *op. cit.*, p. 307.





sunti nella categoria divenivano aleatori solo attraverso clausole convenzionali di estensione del rischio normalmente inerente a quel dato tipo; ma quelle pattuizioni, come avverte Gambino, sebbene vicine alla categoria dei contratti aleatori, non valgono a snaturare e a caratterizzare il rischio come elemento essenziale al tipo di negozio preso in esame³⁴. Inoltre, solo a costo di omettere l'analisi della questione, preliminare, relativa all'imputabilità dell'inadempimento, cui si è fatto cenno, la categoria dei contratti aleatori poteva essere allargata oltre l'*emptio spei*³⁵.

Eppure sembra difficile muovere dall'*emptio spei* al fine di tentare la costruzione della categoria, atteso che essa viene presa in considerazione piuttosto come sottotipo della compravendita³⁶, dalla quale si differenzia per la particolarità che uno dei tre requisiti del contratto, la *res* (gli altri sono il *pretium* e il *consensus*), non esiste attualmente, ma presenta la probabilità di esistere nel futuro³⁷. Si tratterebbe, pertanto, di una vendita pura e semplice, nella quale il venditore è inadempiente soltanto per non aver posto in essere i comportamenti necessari per far sì che la *res* venisse ad esistenza, da tenere distinta dall'*emptio rei speratae* quale vendita condizionata dalla nascita della cosa e, pertanto, caratterizzata da una mitigata aleatorietà³⁸.

Del resto, ha osservato la dottrina, la filosofia che sorreggeva il diritto romano ripudiava le astrazioni prive di una diretta utilità ai fini della soluzione dei problemi concreti, di guisa che l'estraneità al sistema del rimedio della rescissione per lesione e, al contempo, l'esistenza della *sponsio*, idonea a garantire la validità e l'azionabilità dell'obbligazione al pagamento di una somma di denaro al verificarsi di un evento incerto, escludevano l'utilità scientifica della categoria dei contratti aleatori, fatti salvi i casi in cui, a seguito dell'operatività di un particolare divieto legislativo, la *sponsio* stessa fosse illecita³⁹.

3. L'EVOLUZIONE DELL'IDEA DI CONTRATTO ALEATORIO: VERSO LA COSTRUZIONE DI UNA CATEGORIA UNITARIA. IL PROCESSO DI AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO DELLO *IUSTUM PRETIUM* E DELLA CLAUSOLA *REBUS SIC STANTIBUS*

L'idea del contratto aleatorio come categoria unitaria è il risultato della elaborazione della nozione di rischio quale probabilità di danno, compiuta dalle dottrine canonistiche nel diritto comune: dalla matrice di una compravendita di rischio, di un «*pretium periculi*», applicata al contratto di

assicurazione, la «*susceptio periculi*» finisce per caratterizzare una intera categoria di contratti (di sorte) e sfocia, qualche anno più tardi, nella classificazione di Pothier⁴⁰, come contrapposta a quella dei «contratti commutativi»⁴¹.

Un ruolo importante hanno, in tal senso, gli studi svolti in tema di rescissione per lesione⁴². In origine, il diritto romano non consentiva a chi, in stato di bisogno economico, avesse assunto per contratto obbligazioni a condizioni inique (ossia con forte sproporzione tra il valore di ciò che dava e di ciò che riceveva) di invocare l'equità come strumento per sciogliersi dal rapporto. Non vi erano, infatti, le condizioni giustificatrici di un siffatto istituto: il vincolo obbligatorio originato dai contratti solenni aveva una forza tale da rendere estranea alla concezione propria di quei tempi la possibilità che il suo contenuto potesse essere sindacato da parte del giudice⁴³.

L'idea che vicende, anche concomitanti alla formazione del contratto, determinanti uno squilibrio economico fra le prestazioni, influissero sulla misura di una di esse o, addirittura, sulla sorte del contratto stesso e consentissero, in taluni casi, l'intervento di fonti di integrazione del negozio limitatrici dell'autonomia dei contraenti, è conquista relativamente recente. È, infatti, solo in epoca tarda che la sproporzione di valore tra le prestazioni diviene rilevante come conseguen-

³⁴ A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 26.

³⁵ Così L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 6.

³⁶ L'osservazione è di A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 28-29.

³⁷ G.C. MAYNZ, *Cours de droit romain*, II, Bruxelles 1877, p. 198.

³⁸ La conclusione è proposta da G. CORNIL, *Droit romain. Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles 1885, p. 257-258, il quale, con riferimento alla differenza tra *emptio spei* e *emptio rei speratae*, afferma che «l'*emptio rei speratae* a donc le caractère aléatoire à un moindre degré que l'*emptio spei*».

³⁹ A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁰ Sulla questione v. anche *infra* § 4.

⁴¹ A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 33; e G. SCALFI, *op. cit.*, p. 254.

⁴² Per un'analisi approfondita dei quali si rimanda, tra i molti contributi, a P. TORELLI, *Regesto mantovano*, I, Roma 1914, n. 236, p. 165 ss.; G. GROSSO, *Pensieri sparsi sulla tradizione giuridica e i tempi nostri*, in *R. d. comm.* 1942, I, p. 160-169; G. PUGLIESE, *Relazione sulla riforma del codice civile. Libro quarto. Delle obbligazioni (Parte generale)*, in *Ahn. dir. comp.* 1950, p. 196; S. CAPRIOLI, «Iniquitas rei». Studi preparatori sui contratti rescindibili nell'età del diritto comune, I, in *Ann. Perugia* 1974; Id., *Struttura e tradizione della prima esegesi giuridica bolognese*, in *Per Francesco Calasso. Studi degli allievi*, Roma 1978; F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna 1976.

⁴³ E. DEMONTES, *De la lesion dans les contrats entre majeurs (étude de droit positif et de législation compare)*, Paris 1924, p. 5; R. DEKKERS, *La lésion énorme. Introduction à l'histoire des sources du droit*, Paris 1937, p. 19.

za sia degli effetti della grande crisi economica che in quell'epoca aveva interessato il Basso Impero, sia della progressiva affermazione di nuove concezioni di ordine etico, morale e filosofico di cui si era fatta portatrice soprattutto la Chiesa⁴⁴. Risale, invero, all'anno 285 d.C. la Costituzione «*de rescindenda venditione*», secondo la rubrica del Codice giustiniano, attribuita all'imperatore Diocleziano, anche se, per lo più, si ritiene che il testo originario abbia subito un'interpolazione ad opera dei compilatori giustiniani, al punto che, si sostiene, questi ultimi avrebbero creato una regola del tutto estranea al diritto classico; e la prova di quella alterazione andrebbe individuata nella circostanza che nel Codice teodosiano, in una serie di costituzioni a Diocleziano posteriori, si dispone in modo da escludere l'esistenza di una rescissione per lesione⁴⁵. Paradossalmente, tale istituto, conosciuto come «legge seconda» per la sua collocazione all'interno del codice di Giustiniano, rimase, a differenza di quanto accadde in Oriente, ignoto all'Italia per tutto il tempo trascorso fra il deperimento dell'unità romana e l'affermarsi delle organizzazioni cittadine: mancavano, infatti, organi giurisdizionali atti al «compimento d'indagini sottili», organi che non ripetendo il proprio potere decisorio dalle parti del negozio, fossero capaci di

farsi «equanimi tutori» degli interessi dei singoli; sotto il profilo del mercato, poi, la circolazione degli immobili era pressoché assente⁴⁶, essendo il contratto concepito come strumento preordinato alla conservazione, piuttosto che alla circolazione, della ricchezza. Non è un caso, perciò, se la figura della rescissione per lesione muove i suoi primi passi solo nell'età comunale, in particolare a Mantova, qualche anno dopo la prima apparizione dei consoli, a Como nel 1170 e nell'Italia centrale nel bel mezzo del dodicesimo secolo⁴⁷.

La categoria del contratto aleatorio trova, dunque, una sua prima dimensione solamente nel diritto comune, ed a richiamare l'attenzione del giurista nei confronti del fenomeno furono, da una parte, l'affermata necessità (propria di quell'epoca) dello *iustum pretium* e, dall'altra, del principio della non redditività del denaro, entrambi espressione di un desiderio di equità negli scambi, avvertito, prima ancora che sul piano giuridico, su quello filosofico e morale⁴⁸.

L'istituto della rescissione, scomparso nell'alto medioevo, ricomparve già qualche anno prima di Imerio, per poi formare oggetto di analisi approfondite da parte dei glossatori e *post-glossatori*, per il tramite dei quali si diffonde al punto da diventare uno degli istituti più controversi del diritto intermedio e del diritto comune. L'affermazione del principio dello *iustum pretium*, cioè del prezzo di mercato quale si forma in sede di libera ed equa contrattazione, la cui matrice è di natura religiosa, è quindi da ricondursi ad un periodo posteriore al consolidamento della dottrina cristiana. Alla sua cristallizzazione contribuisce, in maniera decisiva, il dogma dell'illegittimità dell'usura che, con San Tomaso, diventa teoria⁴⁹: è allora che il concetto di *iustitia commutativa* entra a far parte del patrimonio giuridico, per costituire il fondamento teorico e filosofico dell'estensione, nel suo campo di applicazione, dell'istituto della rescissione per lesione⁵⁰. Se, dunque, l'equilibrio tra le prestazioni è il principio che viene man mano informando il sistema dei contratti dell'epoca, di pari passo sembra naturale giungere alla conclusione che al fine del persistere della validità del vincolo fosse necessario il perdurare di quell'equilibrio, fino al momento dell'esecuzione delle prestazioni stesse⁵¹. Di qui il processo di penetrazione nel mondo del diritto della clausola *rebus sic stantibus*, le cui origini già si intravedevano nelle riflessioni di Cicerone e Seneca e in quelle dei filosofi scolastici, per poi entrare con Baldo, grazie all'influenza esercitata dalla glossa canonistica di Giovanni Teutonico, ripresa anche da Bernardo da Parma, nella dottrina⁵².



⁴⁴ M. SESTA, *Comunione di diritti, scioglimento, lesione*, Napoli 1988, p. 17.

⁴⁵ Così O. GRANDENWINTZ, *Interpolazioni e interpretazioni*, in *Boll. ist. dir. rom.* 1889, p. 14; S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, ivi 1921, p. 51. Sui recenti sviluppi dell'istituto, cfr. S. GATTI, *L'adeguatezza delle prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *R. d. comm.* 1963, I, p. 447; M. CASSOTTANA, *Causa ed «economia» del contratto*, in *R. trim.* 1979, p. 834; I. TERRUGLIA, *La rescissione del contratto nella giurisprudenza*, Milano 1994; G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. e impr.* 1999, p. 410 ss.; A. RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova 2002.

⁴⁶ S. CAPRIOLI, voce *Rescissione del contratto (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, p. 935 ss.

⁴⁷ S. CAPRIOLI, *Rescissione del contratto*, cit., p. 935-936; P. TORELLI, *Un comune cittadino in territorio ad economia agricola*, I, Mantova 1930, p. 3.

⁴⁸ G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli 1951, p. 9-10.

⁴⁹ E. BENEDETTINI, *Rescissione della vendita per causa di lesione. Appunti di storia e legislazione comparata*, in *Arch. giur.* 1910, p. 262 ss.: «San Tomaso pertanto raccomanda la *aequalitas iustitiae* negli scambi, come conforme alla virtù e alla legge divina, e solo riconosce tollerabile una lesione non eccessiva, e precisamente quella non eccedente la metà, in vista della naturale imperfezione degli uomini, alla quale pure la legge umana non può in parte non conformarsi». Cfr., anche G. FERRARINI, *L'usura nel diritto, nella storia, nell'arte*, Napoli 1928, pp. 60-61.

⁵⁰ G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 21.

⁵¹ P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano 1992, p. 80 ss.



Sullo sfondo vi è il graduale consolidamento del diritto canonico (diritto comune *in spiritualibus*), più rispondente, perché coevo, e come tale capace di esercitare forti influenze sulla vita pratica e nella dottrina del tempo, alle esigenze della società medievale, rispetto al diritto romano (diritto comune *in temporalibus*), che, ormai immobile da secoli, per effetto dell'espansione dei principi della morale cristiana, veniva attratto in un processo di umanizzazione⁵³.

D'altro canto, di pari passo, si acuisce l'esigenza di garantire maggior certezza all'esito di quei contratti, che vanno sempre più diffondendosi con l'intensificarsi dei traffici commerciali sia per terra che per mare, ad esempio l'assicurazione⁵⁴, di per sé caratterizzati da un'eccessiva sperequazione tra i valori delle prestazioni e che, in base ai summenzionati principi, potevano ingenerare il dubbio che, attraverso la loro stipulazione, si intendesse in realtà celare una convenzione usuraria⁵⁵. Il divieto di praticare l'usura, di cui si era fatto interprete, in epoca romana, il cristianesimo – nella convinzione che l'usura costituisse un male grave per l'ordine temporale, oltre che per la salute eterna,

e fosse contro natura⁵⁶ – fu infatti principio che, in connessione con l'ascesa della Chiesa cattolica come potenza politica, si radicò profondamente negli ordinamenti giuridici medievali, di guisa che la preoccupazione di evitare un qualsiasi sospetto di contrarietà ai principi tomistici di giustizia commutativa via via affermatasi induce, al fine di preservare la tipologia, a rivolgere l'attenzione sul rischio, quale valore economico suscettibile di formare oggetto di scambio⁵⁷. Per tale via si giunge a concepire il rischio come una quantità negativa patrimoniale, in quanto tale valutabile economicamente, si da diventare l'oggetto del contratto aleatorio, nel solco della «*susceptio periculi*» di cui si è fatto accenno in precedenza e dell'idea di uno scambio di rischi equivalenti⁵⁸, con ciò attraendo il contratto che presentava siffatto elemento nello schema della compravendita, attraverso la qualificazione del negozio come *mutuo gratis et amore*, ovvero, nell'ipotesi in cui veniva in gioco il rischio marittimo, inserendo la relativa clausola nel contratto di mutuo⁵⁹.

⁵² G. OSTI, *La cosiddetta clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico*, in *R. d. civ.* 1912, p. 11 ss.; *Id.*, voce *Clausola "rebus sic stantibus"*, in *Noviss. D. it.*, III, Torino 1958, p. 353 ss.; B. DUSI, *Sulla clausola "rebus sic stantibus"*, in *R. d. comm.* 1915, II, p. 149 ss.; A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano 1950, p. 2 ss.; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre* 1988, p. 54 ss.; U. PETRONIO, voce *Risoluzione del contratto (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, p. 1293 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 80; di recente A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Libro IV, *Delle obbligazioni (artt. 1467-1469)*, Bologna-Roma 2010.

⁵³ F. CALASSO, *Lezioni di storia del diritto italiano, le fonti del diritto (sec. V-XV)*, Milano 1946, p. 350 ss.

⁵⁴ Sullo sviluppo dell'assicurazione, cfr. C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, in *Le assicurazioni terrestri*, I, Milano 1885, p. 2 ss.; U. PIPIA, *Trattato delle assicurazioni terrestri*, Roma 1905, p. 1 ss.; L. MOSSA, *Compendio del diritto di assicurazione*, Milano 1936, p. 9-11; N. GASPERONI, voce *Assicurazione (in generale)*, estratto dal *Nuovo D. it.*, Torino 1939, p. 13 ss.; A. DONATI, *Il contratto di assicurazione nel codice civile*, Roma 1943, p. 3 ss.; G. CASSANDRO, voce *Assicurazione (storia)*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, p. 420 ss.; A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 33 ss.

⁵⁵ G. FERRARINI, *op. cit.*, p. 60 ss.

⁵⁶ M. BOARI, voce *Usura (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano 1992, p. 1135 ss.: «l'usura viene definita in una prospettiva più generale che non quella tecnico-giuridica: è usura tutto ciò che si aggiunge alla sorte (cioè a quel che si è prestato), è usura ricevere più di quanto si dà ... l'usura comporta lo sfruttamento dei poveri, procura benessere senza una corrispettiva attività»; e, ancora: «il divieto dell'usura, contemporaneamente agli insegnamenti patristici, si diffuse nella cristianità attraverso i canoni di numerosi concili locali e generali, estendendosi non solo ai chierici, ma anche, per le stesse ragioni, ai laici».

⁵⁷ A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁸ G. SCALFI, *op. cit.*, p. 254-255. Sul concetto di rischio come quantità negativa patrimoniale valutabile economicamente, cfr. A. BOSELLI, voce *Alea*, in *Noviss. D. it.*, Torino 1957, p. 476 ss. e V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Libro IV, *Delle obbligazioni (artt. 1861-1932)*, Bologna-Roma 1966; sull'idea di uno scambio di rischi equivalenti, v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 7a ed., Napoli 1962, p. 224.

⁵⁹ E. BEnSA, *Il contratto di assicurazione nel Medio Evo*, Genova 1884, p. 24 ss.