GINO GORLA

IL CONTRATTO

CORSO DI DIRITTO PRIVATO SVOLTO SECONDO IL METODO COMPARATIVO E CASISTICO

XII · I

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2023



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa Collana

1. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (I). Problemi generali del diritto e del processo* (a cura di M. Cappelletti), 2019
2. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (II). Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto* (a cura di M. Cappelletti), 2019
3. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (III). Diritto e processo costituzionale* (a cura di M. Cappelletti), 2019
4. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (IV). Istituzioni di diritto processuale civile. In Appendice: Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
5. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (V). La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (a cura di M. Cappelletti), 2019
6. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VI). La Cassazione civile, Primo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
7. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VII). La Cassazione civile, Secondo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
8. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VIII). Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni* (a cura di M. Cappelletti), 2019
9. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (IX). Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri* (a cura di M. Cappelletti), 2019
10. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (X). Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa. In Appendice: Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
11. L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani* (a cura di G. Pino), 2021

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

GINO GORLA

IL CONTRATTO

CORSO DI DIRITTO PRIVATO SVOLTO SECONDO IL METODO COMPARATIVO E CASISTICO

Ristampa della edizione del 1954-55
con una introduzione di
MAURIZIO LUPOI

XII · I

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2023

Direttori della Collana La Memoria del Diritto
Luca Loschiavo, *Università di Teramo*
Giorgio Pino, *Università Roma Tre*
Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
Brandon Grotesque, Cocogoose, Courier (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, marzo 2023
ISBN: 979-12-5977-163-6
http://romatrepress.uniroma3.it

La presente riedizione riproduce anastaticamente l'opera pubblicata nel 1954 dalla Casa Editrice A. Giuffrè, che si ringrazia per l'autorizzazione.

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

GINO GORLA

ORD. DI ISTITUZIONI DI DIRITTO PRIVATO NELL'UNIVERSITÀ DI PAVIA
E DI DIRITTO PRIVATO COMPARATO NELL'UNIVERSITÀ DI ALESSANDRIA D'EGITTO

IL CONTRATTO

CORSO DI DIRITTO PRIVATO
SVOLTO SECONDO IL METODO COMPARATIVO E CASISTICO

I

LINEAMENTI GENERALI



MILANO
DOTT. ANTONINO GIUFFRÈ - EDITORE
1955

Collana *"La Memoria del Diritto"*

Il diritto e la cultura giuridica, come tutte le discipline e le arti, si nutrono del loro passato segnando continuità, evoluzioni, cesure. E questo è particolarmente vero per gli studi giuridici che, in Italia, godono dello straordinario privilegio di poggiare su una tradizione bimillenaria.

Questa posizione impone anche una responsabilità: quella di osservare con occhi attenti la realtà presente, ben consapevoli però che *nihil sub sole novi*.

La collana "*La Memoria del Diritto*" intende contribuire alla conservazione, viva, di questa tradizione mettendo a disposizione degli studiosi – ed in particolare di quelli più giovani – testi classici della cultura giuridica italiana del Novecento, non più disponibili in commercio e reperibili solo, con difficoltà, nelle biblioteche.

La *Collana* è stata aperta, significativamente, dalla ripubblicazione, in accesso libero, dei dieci volumi delle "*Opere Giuridiche*" di Piero Calamandrei che in poco tempo sono stati "scaricati" decine di migliaia di volte in tutto il mondo.

La *Collana* intende proseguire su questa strada, non limitandosi alla semplice 'riedizione', ma mettendo a disposizione in forma digitale, accessibile *gratuitamente*, *sempre* e *ovunque*, opere di rilievo che pensiamo continuino a costituire un fondamento per gli studi giuridici, orientandoli nella consapevolezza di quanto siamo debitori di chi ci ha preceduto.

Promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre nel quadro delle sue iniziative quale Dipartimento di Eccellenza la *Collana* intende essere un punto di riferimento per tutta l'accademia italiana, stimolando e raccogliendo le proposte che da quest'ultima perverranno, dando a questa iniziativa uno spirito ed una sostanza corali.

Luca Loschiavo
Giorgio Pino
Vincenzo Zeno-Zencovich

INDICE

Maurizio Lupoi, *Presentazione* XVII

Prefazione XXXI
Avvertenze XLI

Sezione I
Lo sviluppo dell'obbligazione contrattuale nella civil law

§ 1. *Premessa*

a) Oggetto del corso: il contratto obbligatorio 1
b) II problema fondamentale del contratto obbligatorio: difficoltà e resistenze a sanzionare la semplice promessa o patto nudo: ragioni pratiche di queste resistenze 2
c) La *res* o *causa data (executed consideration)*: sua funzione 5
d) La promessa non formale a titolo gratuito, il contratto innominato o atipico e i loro rapporti con la donazione, come problemi fondamentali del contratto 7
Nota: Sull'intento di contrarre un vincolo in senso giuridico 8

§ 2. *Il diritto romano*

a) Diritto classico 11
b) Diritto postclassico e giustinianeo: contratti innominati 14
c) Riassunto 18
d) La donazione nel sistema giustinianeo 19
e) Breve nota comparativa 26

§ 3. *La civil law nel medioevo*

a) Contratto formale e contratto reale 27
b) Criteri formali e letterali di interpretazione. Irrilevanza dei motivi o presupposizioni per limitare la responsabilità del promittente anche nelle promesse a titolo gratuito. Responsabilità rigorosa, come se si trattasse sempre di un contratto formale o a titolo oneroso 32

§ 4. *La civil law fino a Domat e Pothier*

a) Longevità del sistema dei contratti formali e reali 38
b) Prime e limitate vittorie del c.d. principio consensuale 43
c) L'influenza del diritto canonico e delle scuole *(savants)* 45
d) I giusnaturalisti: Grozio e la *cause raisonnable* 48

§ 5. *Il principio del nudo consenso in Domat e Pothier*

a) Domat 57

b) Pothier 61

c) Continua, Pothier: i contratti formali, la donazione 65

d) Continua: Pothier: la *donation avec charge ou onéreuse* e quella fatta per una *causa praeterita:* preannuncio della teoria sulla *cause suffisante* 69

e) I criteri d'interpretazione; rilevanza dei motivi o presupposti limitanti la responsabilità; graduazione di questa a seconda dei criteri oggettivi della causa onerosa o gratuita 75

§ 6. *Il principio del nudo consenso all'epoca delle codificazioni e nella civil law moderna* 76

Nota esplicativa: Sul negozio giuridico, sulla c.d. autonomia privata come potere della volontà di obbligarsi, e sulla libertà contrattuale 77

§ 7. *La distinzione fra le obbligazioni di dare e le altre obbligazioni* 82

§ 8. *Prima limitazione al principio del nudo consenso: le obbligazioni di dare a titolo gratuito* 92

§ 9. *Continua: La concezione della donazione e il puro spirito di liberalità. Estensione dello schema tipico della donazione a vari interessi, diversi dal puro spirito di liberalità (a parte il problema della donazione* cum onere *o per una* causa praeterita) 98

§ 10. *La donazione* cum onere *e sotto «condizione» di una prestazione. - Rapporti con il contratto atipico o innominato (nel senso moderno)*

a) Premessa: la donazione *cum onere* e sotto condizione, e la *cause suffisante* 106

b) La corrente tradizionale: la *cause suffisante* come criterio oggettivo 107

c) Le tendenze verso un criterio soggettivo 114

d) La tendenza verso un opposto criterio oggettivo 116

e) La portata pratica delle correnti menzionate sub c e sub d. Le donazioni a un ente morale 116

f) Altre «teorie» sulla distinzione della donazione *cum onere* o «sotto condizione» dal contratto di scambio: confusione fra problemi diversi 117

§ 11. *Continua: La* causa praeterita *nelle obbligazioni di dare: servizi resi e obbligazione naturale in genere.*

a) Il problema della *causa praeterita* come problema in genere dell'obbligazione naturale 122

b) Le tre correnti dominanti 126

c) Breve esame critico delle tre summenzionate correnti 130

d) Trattamento speciale di alcune obbligazioni naturali (assegno ai figli, gioco, patto nullo per difetto di forma, fiducia) e necessità comunque di distinguere l'importanza dell'obbligazione naturale nel caso concreto 136

e) Nota importante sulle critiche fatte alle varie teorie: nostra opinione circa i problemi discussi nei § 9 a 11 143

§ 12. *Le promesse per una causa di pubblico interesse e le promesse al pubblico*

a) Promesse per una causa di pubblico interesse 147

b) Le promesse al pubblico 149

§ 13. *Conclusioni sulla cause suffisante nelle obbligazioni di dare: un moderno contratto innominato (atipico) con il* vestimentum *della donazione anziché dello scambio (*bargain*): sua importanza pratica e nel campo del diritto comparato. La concezione del dare a titolo oneroso (contratto a titolo oneroso di dare)*

a) Il moderno contratto innominato (nelle obbligazioni di dare) e il suo *vestimentum* 153

b) La concezione del contratto (obbligazione) a titolo oneroso di dare 155

c) Importanza del nuovo contratto innominato di dare (cioè ove una delle prestazioni è un dare). Il c.d. contratto a interessi non economici 157

d) Il *pactum vestitum* nell'obbligazione di dare 159

e) Il silenzio dei nostri codici sulla *cause suffisante* 161

§ 14. *Il principio del nudo consenso (*pactum nudum*) nelle obbligazioni diverse da quelle di dare*

a) Premessa 163

b) I cosidetti rapporti sociali, morali, di cortesia, d'onore, ecc. 163

c) Le obbligazioni bilaterali di prestazioni diverse dal dare (aventi entrambe, o l'una di esse; carattere tipicamente economico) 168

d) Le obbligazioni a titolo gratuito di una prestazione diversa dal dare e avente carattere tipicamente economico: l'elemento reale (consegna) e quello tipico: in particolare, il trasporto gratuito 169

e) Continua: le promesse a titolo gratuito (di prestazioni diverse dal dare) non accompagnate dall'elemento reale 174

f) La fideiussione e la promessa di una garanzia 183

g) Conclusione del presente paragrafo 184

§14-bis. *La causa ragionevole o giusta sotto il profitto dell'interesse del creditore o di un rapporto di proporzione fra questo interesse e il peso imposto al debitore* 185

§ 15. *La misura della responsabilità e i criteri di interpretazione nelle promesse a titolo gratuito. La garanzia per evizione nella donazione cum onere*

a) Misura della responsabilità e interpretazione 186

b) La garanzia per evizione nella donazione cum onere 187

§ 16. *Le promesse interessate: In particolare, l'opzione, l'apertura di credito, ecc.*

a) Le promesse interessate: *cause raisonnable et juste;* cenni sulla *common law* (rinvio) 188

b) Distinzione fra le obbligazioni di dare e le altre obbligazioni 191

§ 17. *L'accettazione e l'affidamento (rinvio)* 192

§ 18. *Il requisito della forma per determinati contratti* 196

§ 19. *La teoria della funzione economico-sociale del contratto*

a) Brevi cenni 199

b) L'origine storica e gli equivoci della teoria in esame 204

c) Gli esempi e le applicazioni pratiche della teoria in esame. - Loro riducibilità a casi di contratti socialmente dannosi (illeciti). Il requisito di una certa utilità del contratto in determinati contratti tendenti a vincolare l'attività economica individuale, la proprietà e la libera circolazione dei beni, contratti che sarebbero altrimenti socialmente dannosi (illeciti) e non semplicemente socialmente futili o giuridicamente indifferenti 213

d) Unità della causa (come funzione giustificativa del riconoscimento giuridico del contratto) secondo la teoria in esame 221

e) Note critiche di carattere ideologico 224

§ 20. *Il requisito di un interesse apprezzabile del creditore*

a) L'interesse del creditore come generico requisito per la sanzionabilità della promessa 227

b) L'interesse del creditore nelle promesse a titolo gratuito di carattere atipico 235

§ 21. *La clausola penale*

a) Importanza della clausola penale e sua funzione 240

b) Il problema della cosidetta autonomia dei contraenti o del valore del nudo consenso (v. § 6) 253

§ 22. *L'equivoco del termine «causa»: gli artt. 1131, 1132 c. civ. francese e simili. La causa come realizzazione dello scopo del contraente. L'atto astratto*

a) L'equivoco del termine «causa» 262

b) La causa come scopo erroneo, non realizzato o non realizzabile nelle attribuzioni patrimoniali 266

c) Dilatazione del concetto di causa come scopo dell'attribuzione patrimoniale: la causa come presupposto *(Voraussetzung, condicio in praesens vel praeteritum relata)* 274

d) Implicazioni della teoria che concepisce come requisito della «causa» il solo scopo del promittente o alienante *(rectius,*la sua realizzazione) 280

e) La «causa» in relazione ai problemi dell'atto astratto e di quello formale 283

f) Sul significato del termine «causa» nei nostri codici e sul contenuto normativo degli artt. 1131 c. civ. francese e simili 293

Note esplicative:

1) Sul significato del termine «causa» 296

2) Sulla confusione fra la «causa» nel senso di ragione oggettiva per la sanzione giuridica della promessa o alienazione *(cause suffisante,* ecc.) e la causa nel senso soggettivo di realizzazione dello scopo del promittente o alienante: v. sopra *sub b* in fine 298

3) Sull'atto astratto 303

4) Sul *billet non causé, cautio indiscreta,* o promessa scritta non menzionante la causa 311

§ 23. *Di una certa estensione dei requisiti della* cause suffisante, raisonnable *o* juste *oltre il campo dei contratti di scambio atipico e delle promesse a titolo gratuito* 316

§ 24. *Conclusioni*

a) Il sistema dei patti vestiti nella *civil law,* l'elemento tipico contrapposto a quello del nudo consenso 322

b) La tendenza alle generalizzazioni e alle astrazioni propria dei giuristi di *civil law* 325

Sezione II

Lo sviluppo dell'obbligazione contrattuale nella common law

§ 25. *Premessa*

a) Ragioni della brevità relativa della trattazione 327

b) Brevi cenni sulla *common law* 328

§ 26. *Brevi cenni storici sul contratto nella common law*

a) *Actions of assumpsit e of debt* 338

b) *L'indebitatus assumpsit* 344

c) *L'executory consideration:* il contratto bilaterale 345

d) La concezione moderna della *consideration* il *bargain* come schema del contratto non formale 346

e) Breve nota di comparazione col diritto romano e con lo sviluppo storico della *civil law.* L'impronta dell'*assumpsit:* sviluppo del concetto di *detriment* 349

§ 27. *La* reliance *non dipendente da un* bargain *o da una* request *del promittente*

a) Le recenti correnti della *common law* 356

b) *Bailment, agency, trust,* e altri *gratuitous undertakings* 365

§ 28. *Conseguenze della concezione dell'*informal contract *come* bargain

a) La *past consideration* 385

b) La *gratuitous promise* 390

c) La donazione 392

§ 29. *Continua: la* consideration *come* acceptance*. Il promittente come* dominus *della promessa e delle sue condizioni: l'*executed consideration *(*unilateral contract*). La promessa al pubblico* 393

§ 30. *Il problema dell'*adequacy of consideration*:* Sufficient consideration *e* Nominal consideration

a) Il problema dell'*adequacy of consideration* 400

b) La *sufficient consideration* 404

c) La *nominal consideration* 409

§ 31. *Lo schema del* bargain *come forma o criterio oggettivo per l'accertamento della volontà di contrarre un vincolo giuridico. - In nota: le recenti tendenze riformatrici* 412

Nota: La recente polemica per la *consideration*: e le tendenze riformatrici.
La teoria della funzione economico-sociale del contratto 419

§ 32. *La preoccupazione per l'accertamento della volontà di obbligarsi giuridicamente e l'esigenza della libertà del volere*

a) Responsabilità severa o strettamente contrattuale: interpretazione stretta 422

b) L'esigenza della libertà del volere 424

§ 33. *Il carattere atipico del contract: la* causa suffisante *e la* cause juste *nel sistema delle sanzioni*

a) Riassunto sulla tipicità nella *civil law* e comparazione con la *common law:* la *cause suffisante* e la *cause juste* in *equity* 428

b) Il carattere atipico del *contract* e il sistema delle sanzioni 434

c) La clausola penale 437

d) Ancora sulla donazione 443

§ 34. *Del contratto formale e di alcuni connessi problemi*

a) *L'act under seal* e sue formalità. Breve nota comparativa con le «forme» della *civil law* moderna 444

b) La forma prescritta a pena di nullità per determinati contratti e lo Statute of Frauds 449

c) Rimedi contro il formalismo dell'*act under seal, failure of consideration,* etc. 452

d) L'atto astratto. La promessa astratta e il *billet non cause* (v. § 22 note esplic. n. 3 e 4) 456

e) Scopo erroneo o non realizzato nella promessa e nell'alienazione (v. sopra § 22 sub *b* et *c*) 460

§ 35. *Conclusioni* 463

a) *Contractus* e *consensus* 463

b) Cenni riassuntivi sulla *common law* e qualche indirizzo per la valutazione dei due sistemi contrattuali, di *civil law* e di *common law* 467

c) *Continua:* gli inconvenienti della *common law* nel campo degli affari. La logica dell'esperienza 470

Appendice I

§ 36. *Sistemi moderni di* civil law *non codificata*

a) Premessa: Il Diritto scozzese 479

b) Il nudo patto nel diritto scozzese. La forma. Le *gratuitous promises* 481

c) *Continua:* gli *innominate* e gli *unusual contracts* 487

d) L'interesse creditorio. La promessa di prestazioni non rappresentanti un interesse patrimoniale del promissario. Il sistema delle sanzioni: La clausola penale 491

e) Il *transfer* 493

f) Brevi cenni sulla *Roman Dutch Law:* rinvio 494

Appendice II

§ 37. *Breve nota di rinvio sul nostro contratto nel pensiero dei giuristi di* common law *e viceversa* 499

Appendice III

§ 38. *Brevi cenni sull'atto di disposizione* inter vivos*: alienazione, rinuncia, modificazione di diritti. - Ancora sulla forma delle donazioni*

a) L'atto d'alienazione *inter vivos* nella *civil law* 504

b) La rinuncia e il contratto modificativo nella *civil law* 512

c) La *common law* 515

d) La forma delle donazioni nella *civil law.* Decadenza dell'atto notarile 519

Presentazione

Maurizio Lupoi

La pubblicazione nel 1954 dei due volumi de "Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico" non suscitò reazioni di particolare interesse nel civilista italiano, il quale già dal titolo dell'opera veniva indirizzato verso prospettive geograficamente, oltre che culturalmente, lontane e tendenzialmente di scarso interesse. Da noi non comparve alcuna recensione paragonabile a quella scritta da Max Rheinstein, l'allievo di Max Weber espatriato a Chicago e ivi professore di "Comparative Law", il quale proclamò trattarsi di "a book of unusual character and extraordinary signifiance (…); a superb monograph of comparative law and a unique teaching tool", del quale richiese a gran voce la traduzione in inglese (4 *American Journal of Comparative Law*, 452 (1955)). Perfino Tullio Ascarelli, recensendo per la *Commerciale* (1954, 924), non andò oltre l'ovvio, richiamando i suoi cavalli di battaglia del legame fra il diritto e la struttura economica e sociale di un paese, del quale la comparazione giuridica doveva tenere conto a rischio di rivelarsi altrimenti sterile, e azzardando una critica, che sarà ripresa da altri, circa la onnipresente distinzione nel libro di Gorla fra razionalismo e empirismo, visti quali rispettivi caratteri di *civil law* e di *common law*, e circa lo schieramento dell'autore in favore del secondo.

Già nella seconda metà dell'Ottocento erano state fondate a Parigi la *Société de législation comparée*, a Londra la *Society of Comparative Legislation* e a Berlino la *Gesellschaft für vergleichende Rechts- und Staatswissenschaft* e la *Internationale Vereinigung für vergleichende Rechts und Staatswissenschaft* con il sostegno di periodici specializzati: la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* (già dal 1829), la *Revue historique de droit français et étranger* dal 1855, la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* dal 1878, infine il *Journal of (the Society of) Comparative Legislation* dal 1899.

L'Ottocento si era aperto e si era chiuso con una grande legislazione. La "comparazione" alla quale furono intitolate le società scientifiche e le riviste ottocentesche fu allora comparazione di legislazioni, meglio: il raffronto di disposizioni normative. Le codificazioni ottocentesche avevano

eliminato la pluralità degli ordinamenti nei singoli regni, in conseguenza della quale fino a quel momento numerosi giuristi erano stati comparatisti senza saperlo quando nei loro trattati giustapponevano le regole vigenti nei singoli territori sottoposti al medesimo sovrano. Italiani, spagnoli, francesi e tedeschi erano normalmente portati a rilevare le diversità che, per ragioni storiche o costituzionali, si erano mantenute nei settori nei quali era mancata una opera legislativa uniformatrice; i codici eliminano queste diversità ed esse vengono allora ricercate negli ordinamenti stranieri.

La fine dell'Ottocento era stato il momento dell'inventario: tutto il mondo che si richiama al diritto romano ha oramai un codice; una aspirazione fortemente avvertita, con varietà di ragioni e di fini, da quasi due secoli è stata finalmente realizzata. Le codificazioni dell'Ottocento erano state accompagnate dal senso di palingenesi e quindi le formulazioni delle norme dei codici apparivano quali regole dotate di forza di rottura con un passato che, pur variamente inteso (come assai varie erano le ragioni che avevano condotto all'adozione di un codice), era comunque da considerare passato.

La comparazione fu allora principalmente comparazione di regole legislative; alle "Legislazioni comparate" fu intitolata l'opera del siciliano Emerico Amari nel 1857 e gli insegnamenti universitari vennero per lo più denominati "Legislazione comparata". La facoltà giuridica parigina istituì nel 1901 la cattedra di "législation comparée" per Raymond Saleilles, che la terrà fino al 1912, l'anno della sua morte a 57 anni. Saleilles, con i suoi studi centrati principalmente sul diritto tedesco, mostrò che appuntare l'interesse comparatistico sul dettato codicistico non comportava necessariamente una limitazione all'esegesi, ma anzi richiedeva di individuare le esigenze sociali e commerciali nonché le contingenze storiche che avevano prodotto certe soluzioni legislative (Saleilles aveva insegnato storia del diritto nei suoi primi dieci anni quale docente).

Nel momento dell'inventario compare con forza l'apparente contrapposizione con il mondo della *common law*. I giuristi di fine '800 e primo '900 sanno bene che questa contrapposizione è meno generalizzata di quanto appaia: il diritto commerciale è in larga misura un diritto comune ai due mondi. Esso è nato nel Continente europeo e gli inglesi ne hanno attinto senza riserve. La flotta inglese domina i sette mari e con essa viaggia e si afferma il diritto commerciale inglese, ma le controparti non hanno difficoltà di comprendere di cosa si tratti, né di stipulare i singoli negozi. Giuristi italiani hanno contribuito a sviluppare il diritto commerciale inglese: con la loro presenza in Inghilterra, già alla fine del Duecento, e

con i loro scritti; il *principal,* che è all'origine del rapporto giuridico di mandato - forse il più importante fra i rapporti commerciali dell'epoca - è il «principale» della nostra lingua; lo *agent* è l'«agente»; il factor è il «fattore». Nella rivista "Il diritto marittimo", fondata a Genova nel 1899, la giurisprudenza francese, inglese e tedesca riceve la medesima attenzione riservata alla giurisprudenza italiana.

Tutto ciò appresta fondamento al movimento verso l'unificazione del diritto che domina il congresso parigino di diritto comparato del 1900, organizzato da Saleilles per la Société de législation comparée: qui Édouard Lambert tiene la relazione sul metodo e la funzione del diritto comparato e qui egli enuncia la sua visione del "droit commun législatif" (sarà la denominazione che sceglierà per gli studi iniziati con la sua opera del 1903: *Introduction – La fonction di droit civil comparé*) dinanzi a un pubblico nel quale era rilevante la presenza dei *common lawyers*. Giunge così a compiuta formulazione uno fra i due grandi filoni iniziali desumibili dalle denominazioni delle prime associazioni di diritto comparato, quello legislativo (francese e inglese), mentre il filone teorico generale (tedesco) si era già sposato con interessi linguistici ed etnologici e aveva preso proprie strade, che, esasperatesi negli anni Trenta del secolo XX, furono progressivamente abbandonate solo nel secondo dopoguerra. Il primo ebbe invece vita assai attiva, e condusse all'istituzione di Comitati di legislazione comparata in numerosi Stati, spesso all'interno dei rispettivi Ministeri della Giustizia. Nel 1926, fortemente voluto dal governo italiano, nacque a Roma l'Istituto per l'unificazione del diritto privato quale creatura delle Società delle Nazioni, un ente tuttora perfettamente operativo nella produzione di leggi uniformi e di convenzioni internazionali, oltre che quale luogo di ricerca comparatistica (destinatario, fra l'altro, di importanti donazioni librarie e documentarie da parte di Gino Gorla). Quasi contemporaneamente prende vita l'«Annuario di diritto comparato e studi legislativi» (si noti "studi legislativi" e aggiungo che editore della rivista era l'Istituto di Studi Legislativi, del quale era segretario generale Salvatore Galgano), che per oltre trent'anni si dedica a un importante lavoro di documentazione di diritto straniero, principalmente legislativo e dottrinale, ma anche giurisprudenziale.

Tanto Gino Gorla che Tullio Ascarelli erano soci corrispondenti dell'Istituto di Studi Legislativi, ma non abbiamo elementi per conoscere se e in quale misura ne condividessero finalità e metodi. Certamente non li condivideva il Gorla del "Contratto": se il "diritto comparato" è null'altro che "informazione su altri sistemi giuridici", egli scrisse nella Prefazione,

il "metodo comparatistico" o la "comparazione" è invece la ricerca delle ragioni "delle differenze e delle somiglianze" e dunque il passo teorico successivo, quello possibile al giurista il quale abbia scorto "lo spirito di ciascun sistema" nello studio degli eventi storici relativi a uno specifico tema. Scegliendo una via che non avrebbe potuto portargli né estimatori né proseliti, egli precisò che la comparazione avrebbe consentito di controllare le generalizzazioni, dissolvere le mere questioni nominalistiche e certe forme di latente giusnaturalismo; e nel saggio per gli studi in memoria di Ascarelli giunse a affermare che "il diritto comparato è attività di conoscenza pura" (*Interessi e problemi della comparazione fra il diritto nostro e la «common law»*, negli *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1968, vol. II).

"Il contratto" esce negli anni dell'apparire dell'aggettivo "comparatistico" nella produzione ascarelliana dopo il rientro dello studioso in Italia: un aggettivo che Gorla erigerà a momento fondante della propria produzione scientifica, ma che non rimase mai privo di ambiguità e di capacità discretiva per quanto egli stesso e, a partire da almeno dieci anni dopo, altri studiosi si dedicassero a tracciarne i confini e a identificarne i contenuti. Tutto questo mancava nel 1954 e "comparatistico", letto con gli occhi di allora, probabilmente segnava un contrasto di principio fra l'autore del "Contratto", allora marcato quale "civilista", e tutti i suoi colleghi civilisti, in primo luogo Emilio Betti, con il quale sia era laureato a Milano nel 1928. Un contrasto che il carattere dell'uomo intendeva sottolineare e che avrebbe via via segnato altri distacchi fino all'avvio della vera avventura comparatistica, priva di eguali in Italia e all'estero, e cioè quando Gorla lasciò il campo contrattuale, rispetto al quale da un certo momento in poi era rimasto poco da dire nell'ottica che egli aveva prescelto, e dissodò i campi della storia, per decenni rimanendo sostanzialmente da solo.

Ascarelli aveva intitolato la sua monografia del 1952 al "diritto comparato", non al "metodo comparativo", peraltro così rischiando maggiori incomprensioni, le stesse che ancora oggi colpiscono la intitolazione delle materie di insegnamento ("Diritto privato comparato", "Sistemi giuridici comparati"), ma che, riferite al grande commercialista, il quale di per sé aveva sollevato più di una contestazione con la sua produzione ordinaria, rilevavano l'accessorietà dell'attività di comparazione, qualunque cosa essa fosse, rispetto all'attività scientifica da tutti comunemente professata. Essa, infatti, appariva casualmente legata alle vicende personali di Ascarelli, che lo avevano condotto, attraverso Inghilterra, Francia e Brasile, a maturare conoscenze dalle quali il suo vivo ingegno e la sua multiforme cultura,

unitamente al suo correre e precorrere (di tutto ciò avremmo una idea appena vaga se non fosse per le appassionate e partecipate narrazioni di Mario Stella Richter) facilmente avevano tratto e traevano spunti che accompagnavano i suoi studi di diritto commerciale e industriale. Si trattava all'evidenza della medesima via percorsa dallo studioso che aveva intitolato ricerche proprie e di propri collaboratori quali "Inchieste di diritto comparato": Mario Rotondi, non a caso principalmente attento ai temi di diritto commerciale e di diritto industriale. La pubblicazione de "Il contratto" segna il displuvio fra due modi di intendere una disciplina e un metodo, la cui significatività apparirà più evidente dopo averne lumeggiato taluni specifici profili.

Nella dottrina italiana antecedente il 1954 il contratto al singolare, quale autonoma figura giuridica di diritto civile, non era stato tema di indagine (se non per singoli sviluppi, quali il contratto collettivo; diversamente in diritto commerciale); tema di indagine era stato ed era il negozio, dominato dalla sistemazione bettiana enunciata un decennio prima, e nel modo comune di sentire lo studio del negozio -sebbene estraneo al codice civile- forniva tutto ciò che era necessario per comprendere il contratto. Nella scelta del tema, quindi, Gorla innova e lo fa collocandosi in un contesto culturale che non avrebbe potuto portare adesioni (e infatti non ne portò).

Oramai a distanza di decenni e dopo ripetute riletture bettiane si tende forse a non dare importanza a un dato, pur ovvio: Emilio Betti era in primo luogo un pandettista (o se si preferisce un neo-pandettista), convinto che "problemi e esigenze, posti dalla società moderna, quantunque nuovi, possono essere utilmente chiariti e approfonditi alla luce di categorie dogmatiche elaborate nella tradizione pandettistica" (così nella Prefazione alla "Teoria generale del negozio giuridico") e quindi quanto di più lontano dal diritto comparato, anche qualora si assegni a questo soltanto la minima veste di strumento informativo. Dirò soltanto che è impossibile anche solo cominciare un discorso sul Betti comparatista quando risulta che egli affermò nel 1936 che gli inglesi scrivono di diritto "in maniera addirittura infantile" (Mauro Grondona, che ha trattato del Betti comparatista con accenti sinceri negli Annali SISDiC, vol. 5, 2020, 189, riporta il brano nel suo vasto saggio in Birocchi-Chiodi-Grondona, *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni trenta*, a p. 393).

Né maggior vicinanza al diritto comparato, anzi totale lontananza, potevasi scorgere nella nascente autorevolezza delle "Istituzioni di diritto civile" di Santoro-Passarelli, che proprio dall'anno di uscita del "Il contrat-

to" sarebbero state intitolate "Dottrine generali" e il cui autore rivendicava l'immodificabilità della propria opera di "sistemazione scientifica" affermando che "una riforma dell'opera non l'avrebbe migliorata" perché la dottrina posteriore al massimo può condurre a "determinare la rettifica di qualche linea, ma resta estranea alla fondazione e alla costruzione dell'opera" (così in tutte le Prefazioni successive, se non erro, alla quarta edizione).

Non è singolare che l'opera di Gorla confliggesse con l'ispirazione tanto di Betti che di Santoro-Passarelli, che pure presentavano nettissimi punti di contrasto fra loro; in realtà, essa più che confliggere era radicalmente diversa nell'impostazione tanto dell'una quanto dell'altra, cosicché, avendo cercato di dipingere lo sfondo, è oramai giunto il momento di cercare di comprendere che cosa Gorla intendesse per "metodo comparativo". "La comparazione, quale metodo, non è che storia", egli afferma e ripeterà in successive occasioni con minime variazioni. Questa affermazione, tuttavia, è generica e non convince quale affermazione fondatrice di un metodo di indagine giuridica, onde si impone di valutare a quale attività concretamente posta in essere dall'autore essa si riferisse.

Il §1 del cap. I de "Il contratto" enuncia l'oggetto del corso, al quale i due volumi dell'opera sono dedicati, avvalendosi del caratteristico approccio del Gorla comparatista: problematico, investigativo, privo di certezze. Egli lancia subito il tema, a lui carissimo, del nudo consenso e quindi del potere di una persona di obbligarsi, ma, nel farlo, delimita il proprio percorso individuando le stazioni di posta dalle quali occorre necessariamente passare per dare per risolti interrogativi che lo studioso pone, per così dire, nel vuoto e che soltanto una già maturata conoscenza di altri ordinamenti giuridici gli hanno fatto venire alla mente: il nudo consenso è allora rapportato ai requisiti del processo formulare romano e alle *forms of action* del diritto inglese. Siamo ancora alla pag. 3 del primo volume, ma già queste pochissime pagine bastano per collocare lo studioso su uno sfondo suo proprio; nessun altro, né in Italia né all'estero, sarebbe stato capace di esprimersi allo stesso modo.

La storia di Gorla è storia di problemi, non di istituti: il ruolo della forma, la rilevanza della consegna, la vincolatività di una promessa legata a una prestazione del promissario che a tanto non si obbliga, la gratuità, la tipicità, l'intento di contrarre e altro ancora. Egli cerca le risposte storicamente date a questi problemi sia nel diritto romano e nel diritto intermedio sia in *common law*. Nel diritto romano egli mostra la propria completa padronanza della materia, una qualità non rara in quel periodo storico ove romanisti perfettamente rifiniti coprivano cattedre di diritto civile (l'ultimo

fu probabilmente Filippo Vassalli), mentre per il diritto intermedio deve ovviamente cedere alle rare indagini storiografiche che di lì a poco avrebbero condotto alla monografia di Francesco Calasso sul negozio giuridico e ai rinnovati studi di Guido Astuti. L'interesse di Gorla al diritto intermedio però vacilla, probabilmente perché nella sua visione della storia quale storia di problemi non vi rileva assonanze con i propri interessi, e allora valica quelli che allora erano i confini temporali dell'insegnamento accademico e si abbevera direttamente alle fonti del periodo successivo: egli così prefigura quello che sarà il campo di indagine dell'ultimo periodo della sua vita e mette alla prova le sue capacità di percezione storica – la storia capìta e non soltanto la storia ricostruita e narrata – che, passato il periodo di approfondimento e di ampliamento della materia contrattuale, gli faranno indossare gli abiti dello storico professionale, che non dismetterà più.

Grozio, Domat, De Luca, Voet, Pothier, Richeri sono gli autori sui quali egli principalmente fonda l'indagine sugli eventi anteriori alle codificazioni, ma di ciascun autore egli vaglia l'attendibilità e cioè la conformità delle tesi da esso esposte rispetto al diritto allora vigente, altrimenti chiedendosi se si tratti invece di mere "proclamazioni" (Gorla anticipa di alcuni anni la tematica sacchiana delle "declamazioni"). Giunto alle codificazioni, Gorla definisce "proclamazione" quello che allora appariva quale principio fondamentale della disciplina contrattuale, il nudo consenso: qualunque promessa lecita, resa *serio et deliberato animo*, produce obbligazione a carico del promittente. Siamo dinanzi al dogma dell'autonomia della volontà e, in un successivo momento, alle limitazioni a esso apposte dalla tesi della funzione economico-sociale del contratto, Qui Gorla trae il frutto della riflessione storica e delinea lo specifico contenuto del suo lavoro: il nudo consenso è un principio esistente, dotato di notevole forza nella impostazione delle risposte da dare alle concrete pattuizioni, ma queste ultime spesso richiedono di essere "vestite" per essere giuridicamente vincolanti e il *vestimentum* è di vario genere: occorre delineare, indagando il concreto stato del diritto, quali siano questi *vestimenta* e come ciascuno di essi si ponga rispetto alla validità di ciascun tipo di patto o di promessa. Qui Gorla, non costretto in una visione unitaria del negozio, non la sostituisce con una visione unitaria del contratto e anzi prefigura una pluralità di vicende contrattuali, soggette a diversi presupposti di vincolatività.

Osservando il "metodo comparatistico" in funzione, come ho ora cercato di rapidamente mostrare, appare talmente evidente l'alienità di Gorla rispetto al quadro accademico di allora che sarebbe del tutto inutile parlarne ancora. Il lettore accorto, però, si è forse chiesto dove sia la *common*

law in questo "metodo comparatistico": ebbene, nell'indagine storica essa non c'è se non quale sfondo a talune riflessioni di Gorla e a taluni rapidi raffronti. Così sarà per l'intera opera, fino a quando il capitolo II tratterà numerosi problemi in chiave di diritto inglese o di *common law* in genere, previa una spiegazione delle "Ragioni della brevità relativa della trattazione" (anche nel secondo volume, dedicato alla riproduzione e commento di sentenze, la parte dedicata alla *common law* è notevolmente inferiore a quella dedicata alla *civil law)*.

In quanto primo comparatista del tempo moderno, Gorla si era trovato dinanzi a una problematica che negli anni successivi sarebbe emersa e sarebbe stata, sebbene solo in parte, approfondita, ma che egli probabilmente neanche percepì: il "metodo comparatistico", applicato a più ordinamenti giuridici, può individuarne uno come conosciuto e l'altro o gli altri come sconosciuti, ma può anche trovarsi dinanzi a ordinamenti tutti sconosciuti. Il modo di porsi di Gorla rispetto al diritto italiano non meno che al diritto francese ne aveva fatto ordinamenti sconosciuti, da mappare *ab imis*. La successiva esperienza della comparazione giuridica mostrerà che, a fronte di più ordinamenti sconosciuti, occorre procedere a una frammentazione globale delle tematiche e che questo richiede una struttura organizzativa e una acribia espositiva non facilmente realizzabili da parte di un singolo studioso. Fu questa l'esperienza del gruppo di lavoro internazionale sui procedimenti di formazione del contratto, coordinato da Rudolph Schlesinger a Cornell, al quale Gorla partecipò attivamente e che oggi egregiamente prosegue come "The Common Core of European Private Law" sotto la direzione di Ugo Mattei e Mauro Bussani.

In mancanza, il "metodo comparativo", cioè l'approccio alla storia in chiave problematica, fu utilizzato da Gorla principalmente fra gli ordinamenti di *civil law* e solo in una seconda fase fra essi, considerati alla stregua di un ordinamento conosciuto (in conseguenza dello studio nel frattempo realizzato), e la *common law*. La problematicità è la chiave della comparazione in questa prima visione e questo emerge chiaramente quando, passato al diritto inglese, Gorla vede nello sviluppo della teoria della *consideration* una analogia con la *causa data* o *res secuta* dei contratti innominati romani, ma alla fine deve concludere che si tratta di un prodotto peculiare della storia del diritto inglese. Di qui parte l'analisi del *bargain*, calato -e questo è di indubbio interesse- in una mentalità e una cultura assai diverse da quelle caratteristiche dei popoli di diritto civile e che necessariamente conduce all'estremo opposto di dove il nostro codice civile era giunto con l'art. 1322. Di qui ancora la frammentazione dell'indagine comparatistica

che occupa l'ultima parte del primo volume de "Il contratto", quando una di fronte all'altra non sono due visioni, per così dire, istituzionali del dato giuridico, ma una moltitudine di fattispecie, ciascuna legata a uno solo dei due sistemi esaminati. Ecco "il metodo comparativo" alla prova e ecco risultati impensati, come le riflessioni sulla donazione modale rapportate proprio al concetto di *bargain* e quindi alla sua traduzione in *contract* di scambio: una rivoluzione per il diritto civile, che ancora oggi fatica sul tema e stancamente ripete vecchie problematiche cercando al più evoluzioni meramente verbali e concettuali con evidente manifestazione di solo divertimento intellettuale (anche in aree connesse, come per esempio la donazione con riserva di disporre di cose determinate); ma ecco anche la dimostrazione della eccezionalità dell'approccio gorliano perché nei decenni successivi nessun altro giurista, italiano o straniero, raggiungerà queste vette. Avrà un bel proporre Gorla tecniche della comparazione, per esempio nella voce "Diritto comparato" dell'*Enciclopedia del diritto* nel 1964: sarà il tentativo di razionalizzare quanto egli aveva realizzato d'istinto e di ipotizzare un andamento per così dire normale del diritto comparato che non ebbe alcuna vera attestazione.

Viene allora in considerazione il secondo grande problema di natura euristica sollevato dal titolo de "Il contratto": il richiamo al "metodo casistico", anche esso rimasto senza seguito.

Gorla aveva scritto la sua opera nel corso degli anni passati in Alessandria d'Egitto, ove avrebbe insegnato dal 1950 al 1957 dopo avere trascorso un anno, il 1949, a Cornell. L'anno americano era stato per lui una folgorazione: prima di lui nessun giurista italiano aveva avuto per le mani un *casebook*, meno ancora aveva partecipato a attività didattiche che impiegavano *casebook*, il che invece toccò a Gorla per la cortesia di Rudolph Schlesinger. Gorla vide così come il docente impiegava il libro di casi e, sopra tutto, come gli studenti si preparavano alle lezioni di settimana in settimana; chi scrive queste note fu con Gorla a Cornell nel 1968 e raccolse le sue espressioni di entusiasmo dopo la partecipazione alla didattica in forma "casistica" e i suoi propositi di trasferirne il succo in Italia.

Per gli americani l'insegnamento del diritto privato sulla base dei casi decisi era un'ovvietà, ma le ragioni di questo metodo non erano quelle che uno straniero avrebbe potuto pensare; infatti, la prima ragione era ed è quella di insegnare agli studenti come si legge un caso giurisprudenziale, solo successivamente si insegna come rapportare un caso ai precedenti e, infine, a apprendere la regola giuridica sulla base della quale il caso è stato deciso, la *ratio decidendi*; l'intero procedimento è finalizzato a formare

avvocati, l'obiettivo delle Law School. Quanto al contenuto, il *casebook* presenta i casi agli studenti munendoli di interrogativi, la risposta ai quali richiede uno sforzo logico-concettuale oltre che di conoscenza del diritto nel caso specifico: in breve, produrre un *casebook* è opera di raffinata dottrina e questo spiega perché si preferisce ripubblicare per decenni i *casebook* di successo con gli opportuni aggiornamenti piuttosto che mettere mano a nuovi *casebook*.

Gorla non può riconoscersi in queste impostazioni, del tutto aliene dal quadro universitario italiano, nel quale le Facoltà giuridiche non miravano e tuttora non mirano a formare avvocati e comunque non avvocati "litigator", e assegna al "metodo casistico" obiettivi parzialmente diversi, indicati nelle "Avvertenze" al vol. II: addirittura "uscire dal dogmatismo o dal principio autoritario".

Chi legga gli atti del Congresso internazionale di diritto comparato del 1900, comunemente ritenuto il momento fondativo della moderna comparazione giuridica, non trova alcun accenno all'approccio casistico al diritto proprio o al diritto altrui, pur essendo allora perfettamente presente all'animo degli studiosi il carattere giurisprudenziale della *common law*; né diverse conclusioni si raggiungono scorrendo la successiva produzione giuridica. Era allora del tutto normale raffrontare un precedente inglese e una norma del codice civile e nessuno aveva mai pensato che raffrontare due decisioni giudiziarie di ordinamenti diversi potesse soddisfare quelle esigenze di reciproca informazione che vedemmo essere alla base della comparazione giuridica del tempo. Mario Sarfatti offre una perfetta dimostrazione di ciò (a pag. 42 della sua "Introduzione" del 1933) quando ricorda la proposta di porre nell'art. 22 del codice italo-francese delle obbligazioni (1927-1928) una azione generale di lesione direttamente ispirata alla disciplina della *undue influence* del diritto inglese, della quale indica il fondamento in una sentenza del 1859 (*Smith* v *Kay*). Questo mostra una radicale incomprensione dell'operare delle fonti del diritto in Inghilterra e nella *common law* in genere, traslando in quegli ordinamenti nozioni appartenenti alla storia del diritto civile, dalla costituzione "Tanta" agli "arrêts de règlement" alle originarie funzioni del Tribunal de Cassation.

Gorla ha visto i *casebook* all'opera e mutua le tecniche di presentazione delle sentenze di *common law*, applicandole alle nostre; tuttavia, egli si avvede presto di un limite insuperabile: le nostre raccolte di giurisprudenza spesso tagliano il testo delle sentenze e quindi non è possibile il raffronto con le sentenze straniere in chiave di "caso": qui abbiamo la tendenza verso testi dottrinali, lì verso la soluzione di problemi concreti. Ne seguirà

la battaglia di Gorla contro gli *omissis*, nelle quale egli ebbe compagni di rilievo come Andrea Torrente e Virgilio Andrioli, che fu anche una battaglia contro l'astrattezza giurisprudenziale,

Gorla, dunque, imposta il vol. II del "Contratto" come un libro di testo e anzi fa l'esperimento di cominciare il proprio corso universitario da quel volume piuttosto che dal I; l'entusiasmo durerà poco perché Gorla si rende presto conto che la tecnica del *casebook* non è esportabile in ambito didattico (lo dirà chiaramente nella voce "Diritto comparato" dell'*Enciclopedia del diritto*), ma conferma che essa mostra piena vitalità in ambito scientifico; ciò perché l'attenzione al caso giurisprudenziale è attenzione alla vita, alla fattispecie, alla richiesta di giustizia e dunque fortemente affine alla visione della comparazione come raffronto delle soluzioni date a problemi. Qui occorre ricordare la lezione di Cesare Vivante, che girava per le cancellerie dei tribunali alla ricerca di documenti della prassi che gli mostrassero le concrete vicende delle società in nome collettivo e in accomandita (lo ricorda Paolo Grossi *in Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, a p. 53). Perpetuatasi in Ascarelli, alla base è l'esigenza di muovere dal fatto della vita, precisamente la stessa che porta Gorla a dedicarsi alla composizione del vol. II del "Contratto". Si chiude così il cerchio della impostazione metodologica dell'opera, che aveva mosso dalla richiesta di conoscenza storica come storia di problemi.

Una delle evidenti ragioni per le quali il "metodo casistico" gorliano si arrestò anche esso al "Contratto" e non ebbe reale seguito nella dottrina né comparatistica né di diritto interno è che i nostri precedenti sono privi del requisito della stabilità proprio dei precedenti in *common law* e quindi sono inidonei quali testimoni della vigenza di regole giuridiche, che è invece il campo prediletto del "caso" di *common law*. Questo è un dato poco considerato dagli estimatori del moderno "diritto vivente", che non è il "lebendes Recht" di Eugen Ehrlich, ma una "figura ambigua", come la definì Francesco Santoro-Passarelli, negandone l'esistenza (in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, a p. 42), che si nutre oggi di accostamenti banali alla *common law* nella piena ignoranza di come avvenga la produzione giurisprudenziale del diritto in quell'ordinamento. Dal diretto e esclusivo accesso alle fonti e ai fatti della vita – la lezione gorliana – alle fonti di secondo o terzo grado e ai concetti; da un'attività scientifica per specialisti alla comparazione libresca.

L'esempio di Gorla è tuttavia servito a suggerire la produzione di libri di testo intitolati "Casi e materiali" in moltissimi campi del diritto e di libri di testo che dedicano alla fonte giurisprudenziale una attenzione

maggiore che non il semplice richiamo a pie' di pagina. Nulla in comune con l'originaria finalità, ma comunque uno sviluppo utile per la didattica e per la comprensione del diritto.

"Il contratto" è un *unicum*. Lode all'editore e ai curatori di questa riedizione, alla quale ho cercato di contribuire delineando alcuni tratti dell'opera in guisa di pressante invito alla lettura.

Maurizio Lupoi

GINO GORLA

ORD. DI ISTITUZIONI DI DIRITTO PRIVATO NELL'UNIVERSITÀ DI PAVIA
E DI DIRITTO PRIVATO COMPARATO NELL'UNIVERSITÀ DI ALESSANDRIA D'EGITTO

IL CONTRATTO

CORSO DI DIRITTO PRIVATO
SVOLTO SECONDO IL METODO COMPARATIVO E CASISTICO

I

LINEAMENTI GENERALI



MILANO
DOTT. ANTONINO GIUFFRÈ - EDITORE
1955

PREFAZIONE

Qualche spiegazione richiede il sottotitolo (*che è il vero titolo*) *di questo libro*: « Corso svolto col metodo comparativo e casistico ».

Non si può negare che v'è nell'aria un senso vago di insoddisfazione di fronte ai nostri metodi di studio e di insegnamento del diritto. Questo senso, se non erro, è determinato da un bisogno di concretezza, che è poi un bisogno di controllo di quei metodi, ove sono in eccesso astrazioni, costruzioni concettuali e generalizzazioni, fra le cui pieghe si nasconde anche una certa eredità del giusnaturalismo.

A soddisfare quel bisogno di concretezza sembra possa giovare un metodo comparativo e casistico: *termini, questi, che richiedono qualche chiarimento.*

La comparazione in questo lavoro è adoperata come mezzo per un più retto intendimento del nostro diritto positivo, quale problema immediato, pratico, contemporaneo (*benchè nel far questo si possa anche giovare all'intendimento di altri sistemi*).

In questa funzione di metodo, la comparazione non si può confondere con il diritto comparato quale informazione su altri sistemi giuridici; nè può esaurirsi in un mero rilievo delle differenze e delle somiglianze; ma consiste nel ricercare le ragioni di queste, e il perchè del particolare o peculiare, e come questo si inserisca eventualmente in un fenomeno giuridico di carattere più generale.

Da questo punto di vista, la comparazione, quale metodo, non è che storia, poichè vuol intendere come il fenomeno giuridico si spieghi, si differenzi, si particolareggi in ciascun ordinamento, nel suo svolgimento storico e nei suoi rapporti con altri. Richiamando il detto di Maitland che « history involves comparison », *si potrebbe*

osservare che è vero anche l'inverso. Già fa della comparazione chi, per intendere il proprio diritto contemporaneo, ne considera le epoche precedenti che si presentano in certo rapporto di continuità con quello; e per fare a quei fini della comparazione con sistemi giuridici contigui, deve considerare questi nel loro svolgimento storico. Così, seguendo il processo degli sviluppi e dei contrasti, s'intendono meglio i caratteri, gli atteggiamenti e le soluzioni concrete di un dato ordinamento giuridico in atto; ciò che è generale o comune ad altri ordinamenti, paesi o civiltà e perchè; ciò che è particolare a noi o agli altri e perchè. E' questa una via per meglio comprendere lo spirito di ciascun sistema e lo spirito più generale della civiltà, cui i vari sistemi, presi in esame, appartengono.

La comparazione, come metodo storico-comparativo di studio e d'insegnamento di un dato diritto, è un reattivo potente: essa suscita idee e accende luci improvvise. Ad esempio, certi punti scuri della nostra teoria del contratto si illuminano nella comparazione.

Ma, in quanto studio dell'individuale o storia, quel metodo non è soltanto un mezzo di comprensione; è anche uno dei migliori correttivi delle nostre eccessive tendenze verso le astrazioni e le generalizzazioni. Nella comparazione, mentre si controllano le generalizzazioni affrettate, saltano agli occhi e si dissolvono le mere questioni nominalistiche, che tanto ci travagliano, e, insieme, certe forme di latente giusnaturalismo, che è spesso il padre di quelle astrazioni o generalizzazioni. Si sfatano certe leggende, per cui la soluzione di un problema o la sua impostazione appare «logica» o l'unica, con le relative «logiche» deduzioni (a scapito, magari, della giustizia); le si sfatano, poichè si vede che altre vie, altre impostazioni, altre soluzioni sono possibili e che quella è soltanto una particolarità storica, dovuta magari a ragioni ambientali o a certe tecniche speciali.

Poichè si tratta di un metodo per intendere il nostro diritto, il lettore non troverà in questo libro il diritto comparato nel senso di informazione; nè una comparazione con tutti i sistemi, ma soltanto con alcuni di essi, quelli che sembrano maggiormente presen-

tare quel carattere di reattivo e di correttivo. Da questo punto di vista e a questi scopi, noi parleremo della common law *a proposito del nostro sistema* (*la c.d.* civil law) *e della* civil law *a proposito della* common law.

Un chiarimento richiede pure il termine « metodo casistico ».

Esso non va assunto nel senso deteriore, con cui si parla di casistica nella morale o nel diritto, rispetto a quelle mentalità o società che, incapaci di elevarsi ai principi e di esprimerli, si esauriscono e si perdono in disordinate soluzioni di casi concreti.

Non ho trovato termine migliore per esprimere, da noi, il metodo del problema del diritto nel caso concreto. Si tratta di rifare o riprodurre nella nostra mente, e in particolare in quella dello studente, il processo mentale che porta giudici e legislatori (anche questi procedono per tale via, talvolta per lunghe inconscie sedimentazioni di casi concreti) a formulare astrazioni di regole e principii, per ridiscendere, in uno scambio o circolo continuo, al problema del caso concreto. Si tratta di vedere come regole e principii (cioè gli uomini che li adoperano) si atteggiano, si adattano, si modificano, di fronte a questo problema, che è poi quello della giustizia, storicamente condiizonata. E, per meglio comprendere, si tratta ancora di vedere quali sono gli atteggiamenti dei vari sistemi giuridici assunti come termine o metodo di comparazione, sistemi che davvero non si comprenderebbero senza vederli all'opera nel caso concreto.

In questo senso il « metodo casistico » va di conserva con quello comparativo; e, come questo, mentre serve a meglio comprendere, vale anche quale correttivo delle cennate tendenze alle eccessive astrazioni e generalizzazioni e al larvato giusnaturalismo concettuale. Queste tendenze o teorie, infatti, devono resistere alla prova della concretezza, del sapersi tradurre, cioè, in casi concreti e del giustificarli e spiegarli. All'uopo, e affinchè il metodo casistico adempia a questa sua funzione, e poichè le generalizzazioni si sogliono fare sui casi più comuni, frequenti o tipici, converrà scegliere nella casistica dei casi atipici o fuor dell'ordinario, ma sempre reali.

Il metodo in parola corrisponde soltanto in parte al case-method

americano (*di cui ho già avuto occasione di parlare in* Riv. dir. comm., 1950), *sia perchè da noi, almeno formalmente, il caso giudiziario non ha il valore di precedente o fonte del diritto; sia perchè da noi quel metodo assume una particolare funzione di fronte al nostro abito mentale di astrazioni e generalizzazioni. E tuttavia, sotto il primo aspetto, non convien dimenticare che la* common law *è un diritto di formazione giudiziaria; sicchè, assumendola quale termine di comparazione, bisogna offrirla necessariamente anche quale casistica* (*nel senso suddetto*).

Ma, più che insistere nella descrizione del metodo comparativo e casistico, converrà offrirne un saggio o un primo passo, quale si cercherà di fare in questo libro, in uno dei soggetti più importanti o centrali del diritto civile.

Il metodo non è nuovo, almeno nei suoi componenti: se qualche novità vi è, essa consiste nella loro combinazione e nella accentuazione del metodo stesso. Chè, davvero, il metodo storico-comparativo e quello casistico si sono sempre adoperati e si adoperano, ove più ove meno, anche da coloro che seguono il summenzionato metodo «logico» delle astrazioni e delle generalizzazioni, il quale è pur sempre un atteggiamento complesso; sicchè è raro trovarne un autore (*salvo i neofiti o i fanatici*) *che non faccia qua e là qualche cenno storico, comparativo e casistico, per non parlare di coloro, non molti, che ricercano nella storia pura* (*a parte la comparazione*) *la spiegazione degli istituti giuridici.*

D'altro lato, come diremo, al metodo «logico» va riconosciuta una certa legittimità, purchè lo si mantenga al suo posto; esso sarà messo in opera (*speriamo, il più possibile al suo posto*) *anche in questo libro.*

Il case-method *è usato, come mezzo di studio e di insegnamento, nei paesi di* common law, *specie negli Stati Uniti; lo si è ivi usato anche nel campo del diritto comparato, ma piuttosto quale mezzo di informare sull'altrui sistema giuridico, che per intendere il proprio; e lo si è usato in modo tendenzialmente puro, cioè senza l'accompagnamento di un largo apparato di carattere storico e sistematico,*

che sembra invece necessario, come anche altri ha osservato, per intendere i casi concreti di un sistema straniero o il diritto straniero nel caso concreto.

Se, dunque, vi è una novità in questo libro, essa consiste nel non trascurare i pregi del metodo dello svolgimento logico-sistematico del pensiero e nel combinare questo coi metodi storico-comparativo e casistico, assunti, in modo accentuato, quali mezzi per un miglior intendimento del nostro diritto positivo, e per correggere l'altro metodo in quanto eccesso di astrazioni e generalizzazioni.

Sotto quest'ultimo aspetto, nel presente libro si troverà una lotta a fondo, talvolta con accenti polemici, contro certe astrazioni, generalizzazioni o costruzioni concettuali (v. § 4 in fine e § 24 *sub b*). *Ma, affinchè non si veda in me un estremista, vorrei mettere le cose a posto, vorrei dire, cioè, che io riconosco appieno la legittimità delle astrazioni, delle generalizzazioni e delle costruzioni concettuali, in quanto rispondono a certi bisogni dello spirito* (*almeno per noi dei paesi di* civil law *che siamo abituati a ragionare in questo modo*), *bisogni quali: l'ordine, la sistemazione, lo svolgimento logico del pensiero, la sua disciplina. Io stesso nel presente libro ho fatto largo uso di questo metodo che, per intenderci, potremmo chiamare col termine, più o meno proprio, di «logico», cercando però di contenerlo nel campo della soddisfazione di quei bisogni* (*se vi son riuscito!*).

Ma resta sempre che il cosidetto «metodo logico» è soltanto uno *dei metodi, modi o interessi per avvicinarsi al fenomeno giuridico, per apprenderlo o, meglio, per renderlo più apprensibile. Ma quando, uscendo dal campo della soddisfazione dei cennati bisogni del pensiero, se ne fa l'unico metodo, il «metodo»* par excellence *o «la scienza del diritto», come purtroppo è avvenuto spesso da noi, allora esso degenera e non tardano a manifestarsi i suo cattivi effetti, che son lì da vedere per chi li vuol vedere.*

Gli è che da noi le tendenze alle astrazioni e alle generalizzazioni non soltanto rispondono a quei bisogni dello spirito, ma hanno anche profonde radici storiche, quali nel corso del presente libro ho cercato di individuare nelle codificazioni e nel vasto movimento razionalistico

che le precedette e accompagnò, nonchè in certi atteggiamenti delle scuole di diritto romano (concepito, in quanto sistema, come diritto par excellente), *in certi influssi scolastici e nelle scuole di diritto naturale: elementi tutti che hanno concorso a determinare in noi un'eredità o un certo abito mentale piuttosto inconscio. L'abito, cioè, di giustificare e quindi di creare con la ragione astratta, e con la fede nella sua capacità costruttiva, i concetti giuridici (quali, ad esempio, quello di contratto) per farne poi delle deduzioni.*

Con ciò si sono surretiziamente mescolate al cosidetto « metodo logico », o bisogno di svolgimento logico del pensiero, le tendenze alle deduzioni (dalle astrazioni) e ad un certo ambiguo e nascosto giusnaturalismo; e mescolate in un groviglio veramente inestricabile.

Infatti, allorchè si incontra in un dato diritto positivo un carattere o un concetto che simpatizza con la ragione astratta e così appare, magari insieme a certe ideologie, quale suscettibile di generalizzazione, lo si ipostatizza e generalizza in una teoria generale del diritto. Questa diventa così una specie di diritto naturale, ammantato di concetti, classi, sistemazioni; ove diritto naturale (inconscio) è appunto quel dato diritto positivo, i cui caratteri e il cui spirito si sono trasformati in teoria generale del diritto. Ne basti, ad esempio, tener presenti i vani sforzi del Salmond, nella sua Jurisprudence, *per inquadrare la* common law *nella concettualistica o teoria generale del diritto (costruita sulla base del diritto continentale o* civil law); *o le altrettanto gratuite affermazioni che il requisito della funzione economico-sociale o di una certa tipicità del contratto, anzi addirittura del negozio giuridico, è esigenza propria di ogni sistema giuridico* (*v.* infra § 19 *nota* 4 e § 35 *nota* 18).

Gli esempi si potrebbero moltiplicare.

Là dove non resta che l'alternativa: o quella teoria generale del diritto è falsa, nella sua pretesa alla generalità, o la common law non è diritto! *In altri termini: quella è diritto naturale e questa è arbitrario diritto positivo, deviante dalla ragione!*

E non solo rispetto ad altri sistemi giuridici siffatta teoria generale pecca di eccesso di generalizzazione, ma anche nell'interno di

un dato diritto positivo. Così si è arrivati, per via della suaccennata simpatia, a generalizzare, creando confusioni, i caratteri di un dato istituto giuridico, più imponente da un certo punto di vista, estendendoli ad altri istituti apparentemente simili per tratti classificatori prescelti, *ma meno imponenti dallo stesso punto di vista, e viceversa: si veda, ad esempio, la teoria generale del negozio giuridico, ove si estendono, sempre per via di quella simpatia, ora i caratteri e le regole del contratto, ora quelli di altri atti, talvolta secondo che detta una prescelta ideologia: v.* infra §§ 6 *e* 19 *in particolare* ad *nota* 14 e passim.

Che ad una teoria generale del diritto e, in sottordino, a quella del negozio giuridico o simili sia interessante e anche utile arrivare, non discuto. Ma non per quella via e con quella mentalità. Bisognerebbe passare attraverso una vasta e profonda indagine storica e di diritto comparato (come metodo), e attraverso un'indagine della prassi e della casistica comparata (nel senso suaccennato); e ricercare le ragioni del particolare e del comune o generale, tenendo conto di tutti i dati di questa vasta esperienza, senza scartarne alcuno sol perchè non quadra in certe teorie preconcette, in certi abiti mentali, contratti per ereditarietà, per simpatia e magari per pigrizia. Un'opera immane e ancora da compiere, di fronte alla quale il modesto contributo del presente lavoro sembra una goccia d'acqua.

Non è piccola menda dei nostri libri di istituzioni che nella loro parte generale, la quale è in fondo un sunto di teoria generale del diritto, non si accenni menomamente ad un sistema giuridico di importanza mondiale, almeno quanto i nostri sistemi, voglio dire alla common law *ed alle sue particolarità, lasciando così credere allo studente che i concetti generali che gli si offrono abbiano un valore universale. Quando si obietti che i nostri libri di istituzioni e altri testi obbediscono ormai a particolari esigenze di carattere scolastico e pratico e, come tali, non possono contenere accenni del genere, ebbene, che si rinunci allora a premettere in quei testi una parte generale avente quel carattere, e ci si limiti ad una esposizione,* telle quelle, *delle regole di diritto positivo, lasciando ai giovani o al lettore di ragionare sul loro valore più o meno universale.*

Con una teoria generale o con teorie generali fatte a quel modo, e anche con i più modesti metodi di astrazioni e costruzioni, si va annebbiando, nella formazione dei nostri giovani, il senso del diritto come fenomeno storico o come svolgimento storico, che si individualizza, si particolareggia, molteplice nell'uno, in problemi concreti di tempo e di luogo e anche di caso reale, e nelle ragioni storiche della loro soluzione. E si infiacchisce anche quell'attività giuridica principe, di studiosi e di pratici, che consiste nel rifare in noi il processo che ha condotto a quei concreti problemi, alla loro impostazione e alla loro soluzione. E qui forse è altra delle ragioni del senso di insoddisfazione, cui abbiamo accennato nel principio di questa Prefazione; nonchè di quell'ormai tanto deprecato divario o abisso fra teoria e pratica, esistente da noi.

***

Debbo dire, a questo punto, che il presente libro è stato concepito per una triplice destinazione: come corso di diritto civile mediante il metodo storico-comparativo e casistico; come corso di diritto comparato in senso stretto; e come trattato, che possa servire, cioè, anche ai pratici. Sotto quest'ultimo aspetto il modo di usarlo dipende dal lettore, compreso quello di non continuarne la lettura, se lo trova insignificante. Confido tuttavia che il libro possa riuscirgli utile, non solo per quanto di strettamente pratico risulta dall'indice analitico-alfabetico, ma anche perchè tutta la trattazione del Vol. I è fatta per sfociare nella discussione dei casi concreti raccolti nel Vol. II; e ancora e comunque, perchè sarebbe già un buon risultato per il pratico, se questo libro avesse un effetto liberatorio, se riuscisse, cioè, a liberarlo da certe « teorie » che gli impediscono di vedere le cose come egli sente che si possono e si debbono più semplicemente vedere.

Quanto alla destinazione del libro ad un corso di lezioni, esso è stato scritto per concentrare l'attenzione sul Vol. II, nel senso che il Vol. I è fatto soprattutto per essere letto come introduzione e commento al Vol. II o come orientamento nello studio e nella discussione

dei casi ivi raccolti. Il docente saprà, comunque, riassumere od abbreviare il contenuto del primo volume, farvi tagli, scegliere i casi nel secondo, ed introdurre gli opportuni adattamenti, a seconda della destinazione che egli voglia dare al libro (corso di diritto civile, annuale o biennale, oppure corso di diritto comparato in senso stretto).

Ogni corso redatto da altri richiede adattamenti del genere. Del resto, il libro, dato il suo metodo, che è quello sopratutto di porre problemi e basi di discussione, può ben essere adottato anche da parte di chi non condivida le opinioni in esso espresse.

Ci sorregge anche la speranza che il lavoro offra qualche interesse ai giuristi di altri sistemi, specie di common law, *se non altro, quell'interesse che offrono le cose loro viste da* foreign eyes.

Certo, un libro che si propone molteplici scopi è inevitabilmente affetto da mende e difetti; conviene che il lettore ne tenga conto e non ce ne voglia male.

***

Per soddisfare quei vari scopi, si è scelto un tema centrale, il contratto, e, in questo, per sè troppo vasto, il tema dei requisiti essenziali per un'azione contrattuale, quale risulta dalla Premessa (v. infra § 1). *Credo che il tema, dato il suo carattere centrale e quasi irradiante, sia adatto, anche ai fini del diritto comparato in senso stretto, per mostrare lo spirito dell'altro sistema giuridico, la* common law, *e suscitare l'interesse ad approfondirlo anche in altri campi.*

Ai fini poi di un corso di diritto civile, il tema scelto mi pare serva assai bene per mostrare allo studente con quanta fatica, nei vari sistemi giuridici, si sia arrivati a quel concetto di contratto e di azione contrattuale che oggi sembra quasi naturale. All'uopo, ripeto, e per evitare questa apparenza del « naturale », il libro vuol dare allo studente il senso del problema e del suo vario svolgimento storico, piuttosto che quello della soluzione.

Si tratta anche di vedere quanto delle primitive difficoltà a riconoscere il contratto o l'azione contrattuale, e degli espedienti per

superarle, sia rimasto nei vari sistemi giuridici: se di tale conservazione v'è ragione plausibile, e se e quali limiti a tale riconoscimento si sono creati o si vanno creando, o trasformando, nel diritto moderno e contemporaneo. Che è il problema moderno del contratto.

Può darsi che, giunto alla fine del libro, qualcuno sia tratto a concludere che una vera e propria azione contrattuale pura esiste soltanto nel sistema del contratto formale, quando questo si evolve come mero indice della volontà chiara e decisa di contrarre un vincolo giuridico. Negli altri casi la responsabilità contrattuale non si troverebbe allo stato puro; ivi «responsabilità e azione contrattuale» sarebbero concetti classificatori, di comodo o di orientamento, utili, ma sempre un po' arbitrari e quantitativi, come ogni tentativo di tracciare una linea di confine là dove esistono passaggi, graduazioni, zone grigie.

Se ciò fosse vero, la crisi del contratto, di cui si parla, starebbe nella crisi o nell'abbandono del principio formale.

AVVERTENZE

1) *Sul termine « civil law ».* Con questo termine si son voluti indicare quei sistemi giuridici che sembrano appartenere ad una stessa famiglia e che si sogliono anche indicare col nome « diritto continentale ». Si è preferito il termine « *civil law* », usato nei paesi di *common law* (v. § 25), perchè « diritto continentale » non sembra appropriato; mentre il primo allude all'influenza romanistica e al particolare sviluppo di quei sistemi (poi codificati) in opposizione alla *common law*. D'altro lato, la traduzione letterale di « *civil law* » in *jus civile* o in « diritto civile » darebbe ovviamente luogo, da noi, ad equivoci.

2) *Sul modo di citazione dei casi nel Vol. I.* Nel primo volume i casi raccolti nel secondo verranno citati coi nomi delle parti o, per brevità, anche del solo attore. Il lettore potrà rintracciare il caso così citato, consultando l'indice alfabetico dei casi annesso al Vol. II. Talvolta, se si tratta di un gruppo di casi concernenti in genere un dato soggetto, si troverà semplicemente nel Vol. I il rinvio alla « Casistica ». Ciò significa che quei casi si rintracceranno sotto il titolo, capitolo o sezione della casistica che tratta il soggetto in esame.

3) *Sulle note a piè di pagina.* Lo studente dovrà leggere con particolare attenzione anche queste note. Per quanto l'espediente delle lunghe note a piè di pagina presenti degli inconvenienti, lo si è adottato pei vantaggi che, d'altro lato, esso offre, quali quelli di non interrompere il discorso e di abbreviare l'opera.

4) Per ovvie ragioni pratiche la separazione delle sillabe a fine di riga nelle parole in lingua straniera è stata fatta nel nostro modo.

I.

LO SVILUPPO DELL'OBBLIGAZIONE CONTRATTUALE NELLA CIVIL LAW

§ I.

Premessa

a) Oggetto del corso: il contratto obbligatorio.

Oggetto del nostro corso è lo sviluppo dell'obbligazione contrattuale nel c.d. diritto continentale o « *civil law* » e nella « *common law* » (1). Pertanto noi non prendiamo qui il termine « contratto » nella vasta accezione che esso ha nella *civil law* (sistemi latini), cioè in quell'accezione che abbraccia sia il contratto obbligatorio sia la convenzione che trasferisce, costituisce, estingue o modifica dei diritti patrimoniali (atto dispositivo in senso lato). Prendiamo il termine « contratto » nel più ristretto significato di convenzione o accordo che genera obbligazioni; nel senso, cioè, di promessa, che è poi il senso proprio del termine « *contract* » nella *common law*. Tuttavia, data la fusione o confusione che spesso esiste nella *civil law* (sistemi latini) fra il contratto obbligatorio e l'atto dispositivo (in senso lato), non sarà sempre facile mantenere la distinzione; un capitolo del corso sarà, del resto, dedicato al contratto in quel secondo senso e all'atto dispositivo in genere (ivi compreso la rinuncia). E ciò perchè questo ultimo presenta dei problemi che sono analoghi a quelli del contratto obbligatorio e che servono comunque a illuminare lo sviluppo di quest'ultimo.

(1) Sul significato del termine *civil law* e sulle ragioni per cui l'abbiamo adottato, v. la *Prefazione*.

b) Il problema fondamentale del contratto obbligatorio: difficoltà e resistenze a sanzionare la semplice promessa o patto nudo: ragioni pratiche di queste resistenze.

La storia di ogni sistema giuridico mostra con quale difficoltà si è arrivati all'idea che da una promessa possa derivare un'obbligazione in senso giuridico, cioè che questa promessa sia, secondo il linguaggio della *common law*, « *enforceable* » (*actionnable*, in francese; *giuridicamente sanzionata* nel nostro linguaggio).

Oggi quest'idea si presenta come qualcosa di « naturale » al nostro spirito. Ma un lungo processo storico è stato necessario per arrivarci.

In realtà il problema fondamentale del contratto obbligatorio o della promessa è il seguente: in base a quali condizioni o requisiti una promessa produce, in un dato sistema di diritto positivo, l'obbligazione? Basta il c.d. « nudo consenso »? Ed entro quali limiti la promessa produce l'obbligazione, cioè fin dove si estende la responsabilità del promittente come tale? In questo problema rientra anche quello dell'accettazione della promessa; anche l'accettazione, infatti, fa parte di quei requisiti, ed essa, come avremo occasione di vedere, si configura diversamente e presenta un diverso contenuto e un diverso significato nei vari sistemi giuridici (v. § 17).

Da principio lo spirito giuridico primitivo, o non pienamente sviluppato, vede una fonte di obbligazioni soltanto nella forma come cerimonia avente una specie di valore magico o anche religioso; ovvero concepisce il fatto di eseguire male, o di non eseguire, una promessa come un delitto: dolo, frode, *tricherie, deceit* (nella *common law*), furto, danneggiamento dei beni o della persona altrui, ecc. In conformità a questa seconda concezione, invece di un'azione contrattuale, si concede un'azione *ex delicto*. Il caso presentato al giudice deve quindi offrire i caratteri di un delitto; altrimenti la promessa non formale non è sanzionata. Anche il diritto romano è passato attraverso questa fase.

Ma, anche quando questa mentalità primitiva è stata superata, anche quando si ammette che dall'aver promesso possa derivare una obbligazione (in senso giuridico), rimangono sempre delle pertinaci e non ingiustificate resistenze ad ammettere che da una qualsiasi promessa non formale quell'obbligazione derivi.

Vi è la resistenza della tradizione e delle forme di procedura (spirito conservatore, specialmente nel campo processuale): si ricordino il sistema processuale romano e le « *forms of action* » della *common law* (v. *infra* § 26).

Ma vi sono altresì delle ragioni pratiche assai importanti che possono giustificare quelle resistenze:

1°) La difficoltà di sapere, di fronte ad una promessa non formale e non avente un contenuto tipico o d'uso comune, se il promittente ha veramente inteso di assumere un'obbligazione in senso giuridico e non invece semplicemente nei rapporti sociali o morali (v. nota in appendice al presente paragrafo).

2°) Le difficoltà, rispetto a quella promessa, di interpretare e integrare la volontà delle parti, è così di stabilire, per la via dell'integrazione, delle regole giuridiche. Difficoltà, queste, che non sussistono pei contratti formali e per quelli che sono consacrati dall'uso (contratti tipici o nominati).

3°) La difficoltà di stabilire se vi è stata conclusione di un contratto o non semplicemente delle trattative.

Tutte queste ragioni, accennate sub 1°, 2° e 3°, concernono altresì il bisogno di certezza dei rapporti giuridici. Per superare tutte quelle difficoltà, cioè per arrivare alla sanzione giuridica di qualsiasi contratto non formale (cosidetto patto nudo), bisogna che il metodo e la tecnica dell'interpretazione siano assai evoluti e raffinati. E anche in questo caso rimane sempre un certo margine d'incertezza, il quale potrebbe giustificare quei sistemi giuridici che anche oggi tendono verso il principio formale, o quasi formale, e verso dei metodi di interpretazione stretta.

4°) La protezione che la forma e lo schema di un contratto tipico offrono contro delle deliberazioni precipitose o poco ponderate.

5°) In mancanza della forma (la quale è vivamente sentita come fonte di obbligazione per sè, in base all'affidamento che essa determina e alla certezza dei rapporti giuridici che vi è connessa) si sente talvolta il bisogno di trovare una ragione giustificativa dell'obbligazione, cioè della condanna del promittente, oltre il semplice fatto della promessa. E questa ragione la si trova in un sacrificio che il destinatario della promessa ha compiuto per ottenerla o nel fatto che egli ha dato o fatto qualcosa in cambio (concezione generica del contratto a titolo oneroso) (2). Una simile ragione giustificativa, mentre giustifica la condanna del promittente, mostra nello stesso tempo che il promittente aveva una volontà seria ed effettiva di obbligarsi giuridicamente.

6°) Non è infine da trascurare la scarsa forza a disposizione dei tribunali, scarsità che li induce a limitare la sanzione ai contratti formali e a quelli tipici; e che, talvolta ,opera in questo senso anche nel diritto moderno, almeno nel senso che lo sforzo per rendere giustizia, o costo della giustizia, sforzo dei consociati e degli organi giudiziari, costituisce una resistenza a sanzionare il patto nudo, cioè quello non assistito dalla forma o da qualche ragione pratica di un certo rilievo.

---

(2) Come ben osserva il CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations,* Paris 1929, p. 30-31, già gli interpreti medievali all'epoca di Irnerio giustificavano il requisito della *datio vel factum* nei contratti non formali, (v. *infra* § 3) con la seguente ragione di « equità »: « *Namque hoc ipsum, id est cogi aliquem, honus est, quicquid illud sit ad quod cogatur, neque congruit aequitatis rationi quemquam* (*h*) *onerari, nisi justa precedat oneris causa* » (*Questiones de juris subtilitatibus* 1716, ediz Fitting, Berlino 1896). Questa *ratio,* intuita dall'autore delle *Questiones,* ha avuto una notevole importanza per lo sviluppo storico dell'obbligazione contrattuale nei varî sistemi giuridici, benchè la « *datio vel factum* » o la « *res* » si riducano spesso ad un elemento simbolico e quasi formale: v. *infra* § 3. Grozio, sia pure in sede di diritto naturale, insiste sul contratto e l'ingiusto arricchimento come due fonti di obbligazione, magari concorrenti, come nel contratto di vendita. Un compratore, egli dice, che ha ricevuto la cosa è obbligato a pagare il prezzo, primo, perchè altrimenti egli ne trarrebbe un vantaggio ingiusto, secondo, perchè egli ha concluso in questo senso un contratto. (GROZIO, *The Jurisprudence of Holland,* traduz. Lee, Oxford, 1926, Libro III, Cap. I, n. 9 e 20).

c) La res o causa data (executed consideration): sua funzione.

Un cenno, per la sua importanza nello sviluppo dell'obbligazione contrattuale, merita la cosidetta *res* o « *causa data* », la prestazione eseguita da una delle parti (*l'executed consideration* nella *common law*). Noi avremo occasione di vedere che nel diritto romano, postclassico e giustinianeo, nella *civil law* medievale e nella *common law*, quell'elemento è richiesto per la formazione del contratto, specialmente di quello atipico o « innominato » (nella *civil law*).

Da principio la funzione di quella « prestazione eseguita » sembra quella di fondare, più che un'azione contrattuale, un'azione d'ingiusto arricchimento, anche quale azione pel *quid* convenuto come corrispettivo, azione, quest'ultima, concepita come il *mezzo più congruo* per ristabilire l'equilibrio patrimoniale rotto dall'ingiusto arricchimento. Ma in prosieguo di tempo la funzione di quell'elemento si estende veramente all'idea contrattuale. L'idea base diventa quella della *conventio* (anche nel diritto giustinianeo). Il fatto che questa sia seguita, a più o meno breve distanza di tempo, dall'*esecuzione* o dall'*accettazione* di una prestazione, ha le seguenti importanti funzioni:

1°) Esso dimostra o conferma la volontà effettiva di compiere un affare in senso giuridico; ciò è particolarmente importante per i contratti atipici (per quanto nell'ambiente greco-orientale e nel diritto giustinianeo è probabile che il requisito dell'esecuzione unilaterale, o addirittura quello dell'*arrha*, si estendesse anche ai contratti tipici, come la vendita). Chi, dopo aver promesso, o al tempo della promessa, *accetta* ciò che aveva *domandato* in cambio della sua promessa, conferma in tal modo la sua volontà di vincolarsi, anche se, prima di questa prestazione, si poteva dubitare se l'affare fosse, nell'intento delle parti, un affare giuridico (3). D'altro lato, chi compie

(3) Se il *quid*, convenuto in cambio della promessa, è un *factum* che non richiede il concorso del promittente per riceverlo (ad esempio: se scoprirai lo schiavo Stico), il non revocare la promessa durante il tempo ragionevole pel compimento del *factum*, può acquistare tale valore.

tale prestazione mostra di voler porre in esecuzione l'accordo e di fare un *concreto* affidamento sulla promessa altrui (non quell'affidamento che consiste nella mera accettazione di una proposta contrattuale). E chi, imponendo e addirittura ricevendo la prestazione, accoglie tale affidamento, dà prova della seria volontà di sottoporsi alla responsabilità corrispettiva. Queste ragioni sono tendenzialmente fondate sull'idea del contratto, più che su quella dell'ingiusto arricchimento.

Non solo, ma sia pei contratti atipici che per quelli tipici, il compiere e il ricevere una delle prestazioni elimina ogni dubbio circa il punto se le parti abbiano superato la fase delle trattative e siano passate alla conclusione del contratto.

Ben osserva il Savigny (*Le droit des obligations,* trad. francese, Paris, 1873, § 75 II p. 386 e 387) che la forma, nelle sue funzioni di invito alla riflessione, di indice della volontà certa di obbligarsi giuridicamente e di *concludere* il contratto, è sostituita dalla *res* (consegna e ricezione) nei contratti reali e in quelli innominati, ove v'è mescolanza di *res* e di *consensus.*

2°) Il fatto del dare e ricevere il *quid,* concordato come scambio, permette di attenersi strettamente al criterio che questo *quid* è stato *domandato* e *accettato* come corrispettivo o in cambio della promessa, senza dover indagare sui motivi, presupposti o altri limiti della volontà di obbligarsi. Tale fatto acquista perciò un certo valore formale (v. *infra* § 2 sub d, § 3 sub b e § 31 per la *common law*). In relazione a ciò, esso conferma anche l'equivalenza soggettiva delle prestazioni, ed elimina l'eventuale esigenza di un'indagine sull'equivalenza oggettiva; in altri termini, elimina la questione di vedere se vi sia una ragione adeguata per condannare il promittente. Ad ogni obiezione del promittente su questo punto, si può rispondere: hai domandato quel *quid* in cambio, non solo, ma l'hai anche ricevuto e accettato: *ergo,* paga. Il che è particolarmente importante pei contratti, in cui il corrispettivo della promessa consiste in un fatto non avente carattere tipicamente economico.

Tutta questa concezione, in fondo, è connessa con il metodo di interpretazione stretta e con la tendenza al formalismo in genere.

Le cennate funzioni dell'esecuzione unilaterale o *causa data,* fra loro strettamente connesse, fanno di essa un elemento di formazione del contratto (v. *infra* § 2 *sub* b e § 3 *sub* a, nonchè il § 29).

Tuttavia, anche quando si è superata la fase, in cui per la formazione del contratto occorre aver eseguito una prestazione, questa conserva ancora una certa importanza pratica. La conserva, se non altro di *fatto* o nell'*arrière pensée* dei giudici, perfino nella *civil law* moderna, quando il giudice deve decidere se una donazione *cum onere* debba essere eseguita o mantenuta nonostante la mancanza della forma dell'atto notarile (v. *infra* § 17).

d) La promessa non formale a titolo gratuito, il contratto innominato o atipico e i loro rapporti con la donazione, come problemi fondamentali del contratto.

Come avremo occasione di rilevare nel nostro corso, la promessa non formale a titolo gratuito e il contratto atipico costituiscono in fondo il perno attorno al quale si svolge il problema dell'obbligazione contrattuale e dei suoi requisiti di validità. Nella *common law* il problema sembra limitarsi alla promessa non formale a titolo gratuito. Nella *civil law* esso si estende anche al contratto atipico o «innominato». Ma in realtà, come pur vedremo, anche nella *common law* i dubbi e le questioni, che hanno costituito pei giudici l'elemento propulsore dello sviluppo dell'idea del contratto come schema generale, concernono il contratto atipico o fuor dell'ordinario. Inoltre nella stessa *common law* pei contratti di scambio o *bargains* tipici v'è la presunzione di un intento giuridico delle parti, mentre pei *bargains* atipici tale presunzione non opera o opera con minor intensità (v. nota in appendice al presente § e i casi ivi citati: *Rose and Frank* e Balfour riferiti v. anche nel vol. II, *Casistica*).

Da un certo punto di vista, infine, anche il contratto a titolo gratuito può considerarsi come un contratto fuor dall'ordinario o atipico in senso lato. Sicchè si può dire che lo *studio del contratto*

atipico (ivi compreso, in senso lato, anche quello a titolo gratuito) *è essenziale per intendere lo sviluppo storico e la concezione moderna dell'obbligazione contrattuale.*

NOTA: *Sull'intento di contrarre un vincolo in senso giuridico.*

Lo « intento di assumere un'obbligazione in senso giuridico », cui si è già avuto occasione di accennare, merita un breve chiarimento. E ciò, sia perchè sono note le questioni in proposito, sia perchè, per le ragioni già dette e che meglio svilupperemo, il nostro corso è principalmente dedicato ai contratti atipici e a quelli a titolo gratuito, ove il problema di quell'intento acquista il massimo rilievo.

« Intento di obbligarsi in senso giuridico » non significa che il promittente intenda puntualmente sottoporsi ad un certo tipo di coazione giuridica, in tutto il suo specifico meccanismo tecnico-processuale; nè agli effetti e alla misura della responsabilità che il diritto collega alla promessa, integrando, più o meno sulla base dell'esperienza, la volontà delle parti (v. su quest'ultimo problema, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* 2ª ediz. Torino, 1950, p. 80 e autori e storia ivi, nonchè il caso Perino c. Rabezzana nel vol. II). E ciò per ovvie ragioni pratiche; altrimenti, molte promesse sarebbero nulle per mancanza di quella specifica previsione! Si vuol semplicemente dire che il promittente deve intendere di obbligarsi sul piano giuridico, di sottoporsi *comunque* alla relativa coazione (in senso generico), e non di obbligarsi sul piano sociale o morale. E' questa una distinzione che anche il profano intende e pratica senza tante sottigliezze. Come già si esprimeva alla buona Pothier, (v. passo *infra* cit. al § 5 *sub b*), riecheggiando un passo di Grozio, si tratta di quelle « *promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager, et d'accorder à celui à qui nous les faisons, le droit d'en exiger l'accomplissement* ». E ognuno intendeva cosa egli voleva dire, con l'allusione a quel « *droit* ».

Nel campo degli affari tipicamente giuridici, cioè di quelli usuali o che, secondo il costume di una data società, sono considerati come normalmente giuridici (cosidetti contratti tipici), quell'intento sembra quasi scomparire, assorbito dall'elemento tipico. Ma ciò non perchè quest'intento sia irrilevante e la funzione della volontà si riduca semplicemente a quella del mettere in moto un meccanismo giuridico per sè (come nel caso del primitivo cerimoniale); sibbene, perchè nel 99,9 % dei casi è ivi presente l'intento di vincolarsi sul piano giuridico, in quanto l'uomo che vive in quella società fa parte della sua esperienza. Altrettanto si può dire per le forme in uso (*stipulatio,* ecc.). Chè se quell'uomo non sa, vive fuori dal

mondo, o è straniero, o vuol riservarsi, contro il costume, di assumere un vincolo non giuridico, sorge allora una questione di responsabilità a tutela dell'altro contraente. V. anche § 14 *sub d* a proposito del deposito di cortesia. Tale riserva deve essere molto chiara o espressa, e tale che l'altra parte veramente se ne renda conto per contegno coerente del promittente. Questa riserva è ammessa (v. BETTI, *Negozio giur.* cit., p. 87; ANSON, *Principles of the English Law of Contract,* 19° ediz., Oxford, 1949, p. 49-50 e il caso Rose and Frank v. Compton ivi cit.; FULLER, *Consideration and form, Columbia Law Review,* 1941, vol. 41, p. 811 nota 16 e i casi americani ivi cit., in cui, trattandosi di affari tipicamente giuridici, si nega valore alla riserva espressa, allorchè il destinatario della promessa aveva ragione di fare affidamento su quest'ultima, nonostante tale clausola).

E se la riserva è ammessa, tanto basta per riconoscere rilievo all'intento di vincolarsi o meno sul piano giuridico e per ritenere che, in fondo, la tipicità dell'affare (come affare giuridico) crea soltanto una specie di presunzione, combattibile in dati modi, dell'esistenza di quell'intento. Che poi quella riserva abbia una mera rilevanza negativa (BETTI, *loc. cit.*) non direi. Comunque, è questione di intendersi.

In un sistema giuridico (ad esempio, quello romano classico) che ammetta soltanto dei contratti tipici, in genere di scambio e reali, e dei contratti formali, l'intento in parola sembra ancor più assorbito dalla portata del tipo o della forma secondo il costume. Ma è mera apparenza (v. *infra* § 2 *sub a* e ivi le ragioni della tipicità dei contratti romani).

Ma di fronte ad un contratto atipico, e alle promesse a titolo gratuito, l'intento di vincolarsi sul piano giuridico acquista tutto il suo rilievo: onde la cennata presunzione non opera (v. il caso Balfour v. Balfour nei voi. II, per la stessa *common law*). E non v'è dubbio, nonostante teorie assai diffuse fra noi, che simili contratti sono ammessi nella *civil law* moderna, come, del resto, in altri sistemi (v. § 2 *sub b* e *sub d*; § 3 *sub a*; § 5 *sub b* e lett.; §§ 10-13e specialmente il § 14) (4).

(4) Per le ragioni suesposte non sarei d'accordo col WILLISTON, *Law of contracts* (cit. nei § 26 segg.) § 21 e col § 20 del *Restatement* americano sui *contracts,* secondo i quali l'intento «*to form a legal relation*», richiesto nella *civil law,* sarebbe irrilevante per la *common law,* ove sarebbe decisiva per sè la presenza di una *consideration.* Anche nella *common law* valgono le osservazioni fatte nel testo, specialmente quanto alla distinzione fra contratti tipici e atipici (a parte i gratuiti). V. § 14 nota 3 e § 26 segg., specie § 31.

Del resto, lo stesso Williston ammette che contro di lui sta l'opinione dominante.

Non solo, ma il problema circa l'esistenza di quell'intento si pone spesso anche rispetto a contratti tipici: per esempio, per distinguere una offerta o proposta contrattuale dall'offerta non vincolante o mera iniziativa pel contratto (e la prima è un atto che impegna sotto condizione dell'accettazione tempestiva, o impegna immediatamente, se irrevocabile; tanto che gli autori di *common law* la chiamano una *promise*). Altrettanto si dica per l'obbligatorietà delle promesse unilaterali, che in genere si nega in vista della « *difficulté à distinguer l'engagement ferme de l'offre ou la promesse en l'air* » (SALEILLES, *Etude d'une théorie gén. de l'obligation d'après le premier projet du code civ. pour l'Empire Allemand*, 2ª ediz., Paris, 1901, n. 142; DEMOGUE, *Traité des obligations*, Paris, 1923, I, n. 18). Già il POTHIER, *Traité de la vente*. n. 476, aveva inteso il problema a proposito della promessa unilaterale di vendita. E' il caso famoso dell'*option*, che presenta tanti dubbi nella *common law* (v. *infra* §16 e § 28). E ancora per la fideiussione, ove il requisito della volontà espressa o non presunta (articolo 2015 c. francese; 1937, c. civ. it.) non altro significa che esigenza di un chiaro intento di garantire sul piano giuridico e non su quello dei rapporti morali, d'onore, di raccomandazione ecc. (v. in questo senso DEMOGUE, *op. cit.*, I, n. 173, che vi vede addirittura un requisito di forma per accertare quell'intento). Per il caso delle promesse a titolo di « *réclame* », v. PLANIOL, *Traité pratique*, VI, n. 143, lett. I; DEMOGUE, *op. cit.*, I, n. 158 e autori *pro* e *contra* ivi.

Ma quell'intento di vincolarsi sul piano giuridico acquista il massimo rilievo nelle promesse a titolo gratuito (anche di prestazioni aventi un certo carattere tipicamente giuridico), quando manchi la forma: v. *infra* § 14. Si vedano anche nel vol. II, « Casistica », il caso famoso Maire de Caen - Evrard ed altri ivi riferiti .

Per concludere: dal punto di vista *pratico*, il problema dell'esistenza in concreto dell'intento suddetto acquista importanza sempre maggiore, perchè presenta difficoltà sempre maggiori, man mano che si procede dai contratti tipici verso quelli atipici, fino al massimo grado di atipicità (i cosidetti rapporti sociali per *natura*: v. *infra* § 14 *sub b*).

Ma è un punto di vista soltanto pratico. Nei primi (contratti tipicamente giuridici), in fondo, l'onere di provare che non vi era intento (concorde o noto all'altra parte) di obbligarsi sul piano giuridico, è a carico del convenuto. Nei secondi è a carico dell'attore l'onere di provare che vi era l'intento di contrarre un simile vincolo.

Tutto ciò non significa, (come sembra ritenere il BETTI, *op. cit.*, pag. 87), che, richiedendosi l'intento di obbligarsi giuridicamente, si faccia

della volontà del promittente la fonte degli effetti giuridici, per una specie di suo potere o energia creativa. Al postutto, riferito alla volontà del promittente, questo concetto del « potere della volontà di creare effetti giuridici » contiene un grosso equivoco: v. § 6.

Ciò posto, sorge il sospetto che molte delle nostre annose discussioni sul cosidetto intento giuridico e sulla sua rilevanza siano viziate da un errore di prospettiva, e cioè dall'aver considerato soltanto i casi comuni, i contratti o affari tipici (tipicamente giuridici, specialmente quelli a titolo oneroso) e quelli formali, ove opera la cennata *normalità* dell'intento di vincolarsi sul piano giuridico. In questi affari, da un lato, il carattere di normalità (dell'intento) sembra quasi assorbito e trasformato nel tipo o nella forma; e, dall'altro, l'integrazione della volontà delle parti o la determinazione degli effetti giuridici (normali o naturali) dell'affare tipico, anche se non espressamente voluti, avviene per esperienza di clausole di stile e così per facilità di regolamento, onde si creano i cosidetti *naturalia negotii*. Questi, tuttavia, possono essere esclusi o modificati da una chiara riserva di volontà delle parti (in ispecie, del debitore), così come può addirittura venire escluso in tal modo l'intento di vincolarsi sul piano giuridico. Perciò il problema dei cennati effetti giuridici, negli affari tipici, è in certo senso analogo a quello dell'intento di vincolarsi sul piano giuridico.

Ben diversamente, invece, vanno le cose nel campo dei contratti atipici, non formali, e specialmente di quelli a titolo gratuito (non formali e atipici).

§ 2.
Il diritto romano

a) Diritto classico.

Come è noto, il diritto classico riconosceva, in linea di principio, soltanto il contratto formale. La forma *par excellence,* quella più diffusa, era la *stipulatio*. Essa serviva per rendere giuridicamente valida (*actionnable, enforceable*) qualsiasi convenzione o patto (lecito).

Accanto al contratto formale si riconoscevano otto contratti tipici, che in seguito si chiameranno « nominati »; dei quali, quattro « con-

sensuali » (vendita, locazione, mandato, società) e quattro « *reali* » (deposito, comodato, mutuo e pegno).

Più tardi alcuni altri patti furono riconosciuti; ma si trattava sempre di patti aventi un certo contenuto o certi caratteri tipici. Sicchè si può dire che uno dei tratti caratteristici del contratto non formale del diritto classico è la *tipicità*. Si sanzionano, cioè, alcuni determinati « *negotia* », i quali, per la loro diffusione, la loro importanza nella vita quotidiana e il crisma che ormai hanno ricevuto dalla prassi, esigono particolarmente una tutela giuridica e, al tempo stesso, ne rendono più certa e più facile la disciplina che si va stabilizzando su clausole d'uso. Ciò che rileva, come ragione di quella tutela, è il *negotium,* l'affare tipico *nel senso suaccennato,* sia pure che il *negotium* non possa venire all'esistenza se non per la *volontà* delle parti. Probabilmente, come osserva il SAVIGNY (*Obligations*, cit II, p. 388-389), questa tendenza alla tipicità si spiega anche col fatto che il negozio tipico, appunto perchè tale, permetteva di risolvere facilmente il problema della volontà di obbligarsi in senso giuridico.

Perfino certe vaghe concezioni, che in altre società, meno sviluppate di quella romana dell'impero, condurranno per vie indirette alla formazione di uno schema contrattuale generico (1), non riescono ad operare in questo senso nel diritto classico.

(1) Alludo alle concezioni extra-contrattuali del danno ingiusto, del delitto o dell'inganno, consistente nel non mantenere la parola data (v. sopra § 1): concezioni che ispirarono, ad esempio, nel diritto medioevale e nella *common law*, l'adattamento, ad una situazione contrattuale, di azioni *ex delicto* o anche di azioni di ingiusto arricchimento o di restituzione, queste ultime nel senso che il modo più congruo per ristabilire l'equilibrio fra le parti sembrava quello di fare avere il *quid* promesso o l'equivalente risarcimento del danno. Secondo queste concezioni, si teneva conto specialmente del fatto che il promissario aveva dato o fatto qualcosa per ottenere la promessa o in esecuzione di una convenzione obbligatoria di scambio (il *quid pro quo* della *common law,* dei contratti innominati del diritto giustinianeo e dei cosidetti contratti reali del diritto medioevale; v. § 3). O, ancora, si teneva conto del fatto che il promissario, fidandosi della promessa, aveva subito un torto o un pregiudizio; si vedeva in ciò spesso anche un dolo o un « *deceit* ». Per queste vie si arrivò man mano alla formazione di uno schema contrattuale generico.

Al contrario, nel diritto romano classico, tutto il meccanismo delle azioni

Da questa rigidità del sistema classico, come sistema di tipi di negozi o, meglio, di azioni, nasce il problema di classificare, in questo o quel tipo, certe situazioni che presentano qualche divergenza rispetto al tipo stesso; problema che accentua la tendenza alla « tipicità » del diritto classico.

Se di « causa » pel diritto classico si vuol parlare (a parte la sconcertante ambiguità del termine)nel senso di ragione giustificativa della sanzione della promessa, essa è la cosidetta « *causa civilis* ». Questa consiste nella *res* o consegna della cosa pei quattro c.d. contratti reali (2), e nell'affare tipico, ormai consacrato dalla vita quotidiana, per i quattro contratti consensuali e per alcuni patti (D. 2, 14, l. 1 §§ 3 e 4 e l. 7 § 1 e 4). Ma per le *obligationes verbis* e *litteris* non si può tanto parlare di « causa » come ragione giustificativa della sanzione giuridica, quanto di una forma (capace di qualunque contenuto) che serve ad *individuare* e *concretare* la volontà di obbligarsi giuridicamente, dalla quale volontà, più che dal valore mistico della cerimonia, nella società culta dell'impero, nasce il vincolo (D. 2, 14, 1.)

Sicchè, se anche la forma rientra nella cosidetta « causa » quale ragione giustificativa della sanzione giuridica, questa ragione pel diritto romano si può definire, molto genericamente quanto tautologicamente, come la volontà di legge, la volontà, cioè, di riconoscere certi modi di obbligarsi e questi soltanto (3). Con che è chiaro che il moderno concetto di « causa », nel senso di ragione giustificativa del-

---

pretorie (*utili* e *in factum*), trasformate poi magari in civili, e delle *exceptiones*, fu ispirato al bisogno della tutela di determinati casi tipici o di casi analoghi a quelli già riconosciuti. Non si arrivò mai allo schema generico dei c. d. contratti innominati, nè tanto meno ad un *quid* simile all'*action of assumpsit* della *common law* (v. *infra* § 26). Da questo punto di vista, il sistema classico delle azioni si dimostrò più rigido di quello della *common law*, coi suoi *writs* e col suo spirito conservatore, non inferiore a quello romano.

(2) E ciò benchè questa generalizzazione sia assai discutibile, dato che, ad esempio, la consegna della cosa ha nel deposito una funzione assai diversa da quella che essa ha nel mutuo.

(3) Cfr. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, § 127; BUCKLAND, *The main Institutions of Roman private law*, Cambridge, 1931, § 90.

la sanzione (di un contratto costituito dal « *consenso* »), è un concetto tutto nostro che non possiamo prestare ai romani.

Tuttavia questa « tipicità », permeante tutto il diritto classico, non mancherà di esercitare un profondo influsso nella *civil law* e di portare anche a impensati sviluppi nella *civil law moderna* (v. *infra* § 19).

Nel diritto classico tale tipicità è dovuta anche alla rigidità del sistema processuale delle azioni e al conservatorismo di quel popolo. Ma si giustifica sopratutto col fatto che la *stipulatio,* in quanto forma d'uso comune, *sentita nell'ambiente sociale* e adattata dalla prassi (specie con l'affievolimento del requisito della presenza delle parti), offriva uno schema o stampo abbastanza largo ed elastico per colarvi ogni contenuto contrattuale.

Scomparse queste peculiari ragioni storiche, la tendenza alla tipicità (che riaffiora nella moderna teoria della funzione economico-sociale del contratto: v. *infra* § 19) acquista tutt'altro significato.

b) Diritto postclassico e giustinianeo: contratti innominati.

Com'è noto, nel diritto postclassico, e sopratutto in quello giustinianeo, si arrivò a concedere un'azione contrattuale, l'*actio praescriptis verbis,* per qualsiasi promessa o convenzione sinallagmatica (cosidetti contratti « innominati »). Ma la si concedeva soltanto quando l'una delle parti aveva eseguito la sua prestazione; in altri termini, quando essa aveva dato o fatto qualcosa in cambio della promessa, di cui chiedeva l'esecuzione in giudizio. Questo qualcosa si chiamava « *causa data* » (*cause ou chose donnée*).

La semplice convenzione bilaterale o sinallagmatica, per esempio la convenzione (obbligatoria) di permuta fra due cose, non era sufficiente: occorreva la dazione dell'una di esse, affinchè la promessa dell'altra desse luogo ad azione in giudizio. Fino al momento di quell'esecuzione da una delle parti, ciascuna promessa era revocabile: in altri termini, il contratto, dal punto di vista giuridico, come

legame, *non era ancora formato.* La prestazione o « *causa data* » era, dunque, *un elemento di formazione del contratto.*

Per questa via si arriva al riconoscimento giuridico dei contratti bilaterali non tipici, i cosidetti contratti « innominati » nelle quattro categorie: *Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* (D. 19.5.5).

L'azione, s'intende, sorge con l'esecuzione di una delle prestazioni convenute.

Questa concezione dei contratti innominati è una delle più interessanti pei futuri sviluppi della *civil law* (v. § 3 segg.; quanto alla *common law* v. *infra* § 26 *sub e*).

I contratti innominati romani sono stati talvolta assimilati ai contratti reali; più tardi essi sono stati perfino chiamati contratti reali, in quanto qualcosa (la *res*) deve esser dato o fatto, affinchè il contratto *si formi.* E tuttavia v'è una certa differenza fra questi contratti reali in senso lato e i contratti reali propriamente detti: deposito, comodato, mutuo e pegno (4).

(4) Sotto alcuni di questi profili, specialmente quelli accennati al § 1 lettera *c sub* I, l'esecuzione unilaterale dell'accordo sembra presentare qualche analogia con l'arra e con la *res* dei contratti reali in senso stretto.

Tuttavia, quanto all'arra, è chiara la differenza, specie quando si tratta dell'*arrha poenitentialis,* assai diffusa nell'ambiente greco-orientale. Ma, stante tale diffusione, e in quanto l'arra consistesse in una somma di notevole valore, la concezione dell'esecuzione unilaterale come elemento di formazione del contratto ne poteva essere facilitata. La confusione è ancor più facile nel nostro diritto medievale (v. *infra* § 3).

Quanto all'analogia fra contratti innominati e contratti reali, in senso stretto, non sembrano mancare accenni nelle fonti giustinianee (cfr. BONFANTE, *Istituz. di diritto romano* § 127 in nota; BUCKLAND, *The Main Institutions,* cit., § 97). Il concetto ritornerà, come vedremo, nel diritto medievale. Ma si tratta, più che altro, di analogie apparenti, le quali si riducono alla considerazioni che in entrambi i casi la *res* (consegna della cosa o esecuzione unilaterale del contratto innominato) è un elemento della *formazione* del contratto. A parte questa analogia, nei contratti reali si tratta di obbligazioni di restituire o anche di custodire, le quali, *come tali,* non possono nascere prima della consegna della cosa. Quest'ultimo sembra ormai anche nel diritto romano il concetto dei contratti reali in senso stretto, anche se all'origine operarono certe concezioni (analoghe a quelle che portarono gradualmente al riconoscimento dei

E' anche interessante notare che, a quanto sembra, la « *causa data* » poteva consistere in qualsiasi prestazione (lecita), e così anche in una prestazione non avente alcun valore economico (apprezzabile in danaro), per colui che l'otteneva in cambio della sua promessa di una prestazione o di un bene aventi tale valore. Più genericamente, la *causa data* poteva consistere in una prestazione non rappresentante alcun sacrificio patrimoniale per chi la faceva. Poteva, ad esempio, consistere nella liberazione di uno schiavo (D. 19, 5, 5 pr. e § 5), o nel fatto di assumere il nome del promittente (D. 39, 5, 19 § 5 e 6) (5). Vedasi anche D. 39, 5, 19 §1, che contempla anche servizi non patrimonialmente estimabili, se questa legge si riferisce alla causa futura, anzichè a quella *praeterita.*

In altri termini, non sembra si faccia alcuna investigazione sulla

---

contratti innominati): come la concezione dell'*affidamento* concretatosi nella consegna della cosa (da parte del deponente o del comodante), affidamento che rende più grave il torto (o delitto!) consistente nell'inadempienza del depositario o del comodatario; o come la concezione che l'aver ricevuto un *quid* fa insorgere un ingiusto arricchimento, specie nel caso del mutuo. Invece nei contratti innominati l'obbligazione convenuta non è quella di restituire o di custodire, ma un'obbligazione derivante da uno *scambio*, eseguito da una delle parti.

(5) D. 39, 5, 19 § 5 e 6: *Sed et haec stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem. Denique Pegasus putabat, si tibi centum spopondero hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, res secuta est.* Su questo testo v. Ascoli, *Trattato delle donazioni*, 2ª ediz., Milano, 1935, p. 92-93 (perfino nella D. 39, 5, 2 § 7 si esclude la donazione).

Vero si è che il testo non discute la questione in vista della validità della promessa, in quanto questa vi si presenta sotto la forma della *stipulatio*, ma la discute ad altri fini (divieti delle donazioni fra coniugi, limitazioni delle donazioni, *lex Cincia* ecc.). Sicchè nel diritto classico, se la promessa non fosse stata fatta nella forma della *stipulatio*, essa sarebbe stata comunque nulla. Ma non è men vero che, inserito il testo nel sistema dei contratti innominati sviluppatisi nel diritto post-classico, il portare il nome del promittente e altre simili prestazioni potevano costituire la base (la *res secuta*!) di un valido contratto innominato « *facio ut des* ». E ciò a parte le difficoltà che si opponevano all'ammissione del contratto innominato *facio ut des* (cfr. D. 19, 5, 5 § 3), difficoltà che sembrano tuttavia superate nel diritto giustinianeo (cfr. D. 19, 5, 15).

natura patrimoniale o meno della prestazione o sulla adeguatezza della *causa data* (adeguatezza al fine della condanna del promittente). Basta che le due prestazioni siano state convenute e che una di esse sia stata eseguita: cfr. ad esempio, D. 19.5, 15 e 17 §2 (nel frammento 15 sembra addirittura che sia sollevata l'eccezione dell'insufficienza della *causa data,* eccezione che viene superata considerando che vi è stato un *synallagma,* un negozio di scambio, definito nel testo come *negotium aliquod*).

Non sembra si sia presentata al diritto romano la questione, che più tardi si presenterà nella *civil law,* quella, cioè, di vedere se si tratti di una donazione coi relativi requisiti formali, allorchè la controprestazione, convenuta per la promessa di *dare un bene,* non abbia valore economico nel senso suaccennato o non abbia un valore adeguato: è la questione della *cause suffisante* (v. *infra* § 10) (6).

E' interessante infine notare che la «*causa data*», in quanto è un elemento di *formazione* del contratto, non ha niente a che fare, nonostante l'ambiguità del termine, con la «*causa*» nel senso di scopo o motivo del promittente o dell'alienante o col problema della *cause suffisante* (cfr. ad esempio, D. 39, 5, 1 pr., e l. 3; D. 12. 6,65 pr. e § 2 e l. 52; D. 17, 2, 9). Cfr. *infra* su Domat § 5 e § 22.

Tuttavia l'*ut,* nelle espressioni *do ut facias* e simili, è stato fonte di equivoci, benchè quell'*ut* non si riferisca alla promessa, ma alla *datio* (che qui è appunto la «causa»): v. § 22 *sub b.*

Niente potrebbe meglio esprimere la funzione della *causa data,* come elemento di formazione del vincolo contrattuale, di quanto

(6) In alcuni testi del codice giustinianeo viene considerata la *donatio cum onere,* ove l'onere consiste in una controprestazione del genere di quelle suaccennate, sicchè la *datio,* come donazione, sembra soggetta alla forma della donazione (forma scritta al di sopra di un certo valore e insinuazione). La distinzione fra la *donatio cum onere* e il contratto innominato di scambio potrebbe implicare, quanto al criterio distintivo, i cennati problemi della *cause suffisante* insieme ad un'indagine sull'*intento* (di liberalità ovvero di scambio). Nel caso di intento di liberalità e in quello di *cause insuffisante* (nonostante l'intento di scambio), la *res secuta,* cioè l'esecuzione dell'onere, non potrebbe più essere sufficiente a fondare l'azione contro il donante, ma occorrerebbe la forma suaccennata. V. tuttavia *infra sub d* circa questa delicata questione.

dice il Digesto a proposito della permuta (contratto « innominato »): « *empio et venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem et re tradita initium obligationi praebet* (D. 19.4, 1 § 2).

c) Riassunto.

Se si prescinde dai quattro contratti consensuali tipici (sul cui carattere di contratti *puramente consensuali* pel diritto giustinianeo si possono sollevare dei dubbi), si può dire che il diritto romano, nella fase giustinianea, si chiude con l'ammissione di due schemi generici di contratto obbligatorio: l'uno, il contratto formale o *stipulatio;* l'altro lo schema *generico* del contratto di scambio eseguito dall'una delle parti (*generico,* nel senso che non si indaga sulla natura, sui caratteri o sull'adeguatezza delle prestazioni, e, pertanto, uno schema avente in certo senso un valore quasi formale) (7). Accanto a questo ultimo schema si pongono i contratti reali, *stricto sensu,* che presentano alcune analogie come quelli innominati (8).

Al di fuori di questo campo, il contratto non formale, il patto nudo, che non entri in alcuno degli schemi tipici o dei patti espressamente riconosciuti (9), non produce azione. Di modo che, ad esem-

(7) Una sola limitazione incontrava la genericità di questo schema, e cioè che l'oggetto della promessa, per cui si era dato o fatto qualcosa, fosse suscettibile di *aestimatio* in danaro al fine della sanzione per l'inadempimento, la quale consisteva nel risarcimento dei danni (per la *civil law* moderna e la *common law* v. invece *infra* § 20 *sub a* e 21 e § 33). Altrimenti, non resta che la pressione indiretta della *condictio* per la restituzione del *quid* dato.

(8) Per valutare adeguatamente l'importanza, nel sistema, dello schema *generico* del contratto di scambio e di quello del contratto reale, conviene anche tener presente la decadenza della forma della *stipulatio* nel diritto giustinianeo. La forma scritta, che tende a sostituirla, non ha probabilmente ancora assunto il chiaro significato di un generico schema formale. Se ciò è vero e se si tiene conto dei dubbi sull'esistenza nel diritto giustinianeo di contratti consensuali tipici, si può pensare che lo schema dello scambio, il *synallagma* (eseguito dall'una delle parti) e quello del contratto reale rappresentino il *contratto par excellence,* salvo alcuni patti espressamente riconosciuti.

(9) Quanti a questi patti, una larga portata sembra avere nel diritto giustinianeo il *constitutum debiti,* una portata tale da minare alla base il siste-

pio, salvo il caso che la promessa sia formale, non si dà azione:

— per le promesse di mutuo (anche ad interesse), di comodato, di ricevere in deposito, e per le promesse di un *facere* o di servizi a titolo gratuito in genere;

— per la promessa unilaterale di vendita e per le c.d. promesse interessate in genere, ove l'interesse non consiste in una controprestazione (eseguita): v. *infra* § 16;

— per le promesse fatte per una « *causa praeterita* » (servizi resi gratuitamente nel passato, ecc.) (10).

d) *La donazione nel sistema giustinianeo.*

Data l'importanza che abbiamo riconosciuta al problema della donazione nello sviluppo dell'obbligazione contrattuale (v. sopra § 1 *sub d; infra* § 2 *sub b* e § 7 segg. per la moderna *cause suffisante*), merita un cenno, e meriterebbe un più ampio sviluppo, il concetto della donazione nel diritto classico e in quello giustinianeo.

Com'è noto, nel diritto classico la donazione non costituiva un *negotium* tipico riconosciuto; ma si attuava mediante uno schema formale generico (la *stipulatio;* e per la donazione reale, la *mancipatio* o la *traditio*); uno schema, rispetto al quale, appunto perchè formale o generico, il contenuto era indifferente al fine di stabilire la sanzionabilità o meno della promessa, riconosciuta sol perchè formale (11). La questione di individuare una donazione, cioè della

---

ma, se il *constitutum,* la promessa non formale di adempimento, può riferirsi anche alla (pretesa) obbligazione naturale derivante da nudo patto. Basterebbe infatti ripetere il nudo patto per renderlo valido. Ma questa non sembra essere la realtà. Su questo problema e sui suoi rapporti col *pactum geminatum* di alcuni dottori del nostro diritto comune, cfr. Astuti, *Studi intorno alla promessa di pagamento, Il costituto di debito,* II, Milano 1951, e *Pactum geminatum,* negli *Studi in onore di Besta,* Milano, 1938.

Per le analogie fra il *constitutum debiti* o il *pactum geminatum* e l'*indebitatus assumpsit* della *common law,* (v. *infra* § 26 nota 8).

(10) Sono, tutte queste, quelle promesse che la *common law* qualifica « *gratuitous promises* » (v. *infra* § 28). Per la *causa praeterita* v. note 21 e 22.

(11) Era un sistema in certo senso analogo a quello della *common law* anche moderna (v. *infra* § 28).

c.d. *causa donandi* (*liberalitas et munificentia*), si poneva a fini diversi da quelli di stabilire il riconoscimento giuridico di una promessa (formale): divieti di donazioni fra coniugi, *lex Cincia* limitatrice delle donazioni ecc. Non solo, ma anche a questi fini, i criteri adottati per individuare una *causa donandi* erano piuttosto formalistici e estrinseci: bastava, ad escludere l'idea della donazione, una *res* o controprestazione *qualsiasi*, e perfino una condizione: D. 39, 5, 1; 2 § 7; 3; 18 e 19 pr. §§ 1, 5 e 6; vedasi anche D. 12, 6, 65 §§ 2 a 4 e l. 52 h.t. (12). Nel dubbio sulla portata dell'interesse del promittente alla *res* o al fatto *in condicione* (per usare l'espressione propria della moderna *civil law*, nel dubbio circa la *causa principale* e la *causa secondaria*: v. *infra* § 10 *sub* c), i romani si attenevano a quel criterio formalistico o estrinseco che troncava ogni dubbio o questione (13).

Questo stesso criterio (del resto, conforme allo spirito di quel sistema), trasportato nel campo dei contratti innominati, doveva implicare che, qualunque fossero la natura, il carattere, il valore della *res* o *causa data*, e qualunque fosse lo scopo (principale o secondario) per cui il promittente l'aveva domandata, il negozio doveva sempre considerarsi come un contratto di scambio e non come donazione; e la promessa doveva essere valida senza bisogno della forma della *stipulatio* o altra (v. sopra *sub* b, specie note 8 e 9) (14).

Senonchè, com'è noto, nel diritto giustinianeo si trova il concetto della donazione come uno dei *pacta legitima*, come *contractus donationis*, cioè come negozio tipico riconosciuto senza bisogno dello

(12) Sembra che, laddove è concessa un'azione in ripetizione, o *condictio*, in quanto il fatto richiesto o posto come condizione non si è verificato, si debba escludere la stessa idea di una donazione; v. leggi testè citate e specialmente D. 12, 6, 65 § 2.

(13) Viceversa, in mancanza di un simile elemento estrinseco, l'atto veniva considerato donazione, benchè risultasse che accanto alla « *causa donandi* » v'era anche un'altra « causa », o scopo, più o meno accessoria.

E ciò nonostante la proclamazione solenne della D. 39, 5, I; vedansi infatti i frammenti 2 e segg. e specialmente il frammento 19.

(14) Per le analogie con la *civil law* medievale e con la *common law*, v. *infra* § 3 e § 26 *sub e*.

schema formale della *stipulatio*. Questa, *di un negozio tipico,* sarà poi la concezione della *civil law moderna,* che tuttavia richiederà la forma dell'atto notarile o altra.

Se quella testè accennata fosse stata la realtà pratica del diritto giustinianeo, il risultato sarebbe piuttosto strano: mediante il ricorso all'idea di una donazione non formale si possono infatti rendere validi quasi tutti i patti nudi contenenti un'obbligazione di dare (15). Ne sarebbe stato minato alla base il sistema suaccennato, cioè il sistema del contratto formale e dello schema generico del contratto reale e di scambio con *causa data*: v. *sub* c. Ma si può seriamente dubitare che quella fosse la realtà del diritto all'epoca di Giustiniano. Anzitutto, a quest'epoca, e già prima, la donazione, almeno in pratica, era *reale;* si attuava, cioè, mediante il trasferimento o la tradizione della cosa. In secondo luogo, le donazioni al di sopra dei 500 solidi dovevano praticamente rivestire la forma scritta per l'insinuazione nei pubblici registri (16). Sicchè è assai dubbio che una semplice, non formale, *promessa* di dare a titolo di donazione un *quid* di valore inferiore a 500 solidi desse luogo ad azione, quando non vi davan luogo certe altre promesse ben meno gravi pel promittente (v. sopra *sub* c in fine) (17).

Ma altre e più gravi perplessità sorgono rispetto al diritto giustinianeo e forse già rispetto a quello postclassico, in quanto vi si incontra la figura della *donatio sub modo* o *cum onere* (v. sopra nota 6). Questo concetto sembra suggestivamente connesso con quello testè accennato della donazione come negozio tipico o *contractus,* rilevante

(15) A quest'espediente, cioè alla presunzione di un *animus donandi,* ricorsero talvolta i glossatori e gli interpreti del diritto comune, ma a fini limitati e, comunque, nel campo meramente teorico degli sforzi interpretativi dei testi romani o in relazione a casi in cui la forma (*cautio*) veramente non mancava.

(16) Quanto alla forma scritta v. Instit. Lib. II, VIII De donat. § 2; e Cod. De fide Inst. IV, 21, 17.

(17) L'ammissibilità di una donazione *obbligatoria* non formale al di sotto dei 500 solidi suscita delle perplessità in Savigny, *Obligations* cit., II, § 75, p. 394.

pel suo contenuto o *causa* (*causa liberalitatis*) (18). La ricerca dell'intento o della *causa liberalitatis* (come causa *principale*) dovrebbe diventare rilevante ad individuare una donazione, in relazione anche all'esigenza della forma scritta e dell'insinuazione, col conseguente abbandono dei criteri formalistici o estrinseci del diritto classico, la cui portata nel campo dei contratti innominati si è già rilevata (v. sopra note 12-13). La semplice esecuzione di una prestazione non sarebbe più sufficiente, come *causa data* o *res,* a rendere « azionabile » la promessa di dare, quando dall'intento delle parti risulti che quella prestazione costituiva l'oggetto dell'*onere* di una « donazione ». In tal caso occorrerebbero le forme per questa stabilite.

Conciliare i testi del Digesto, che contengono i cennati criteri oggettivi della *res,* con i testi del Codice (inquadrati nel diritto giustinianeo), che recano la concezione della donazione *cum onere,* non è cosa facile. E non si può evitare l'impressione che qui si trova, quanto meno *in nuce* e come possibilità per gli interpreti, l'origine della delicata questione di distinguere, in base all'intento e alla causa principale e accessoria (19), la donazione *cum onere* dal contratto di scambio (specie atipico o innominato): v. *infra* § 10.

Ma, quanto al diritto giustinianeo, si può ancora osservare che i testi della donazione *cum onere* non si pongono il problema di stabilire se una *promessa* di dare (donazione *obbligatoria*) sia « aziona-

(18) Pei testi cfr.: Cod. IV, 6, c. 2, 3 e 8; Cod. VIII, 53 (54) c. 9 e 22; Cod. VIII, 54 (55) c. 1 e 3. Queste costituzioni, che probabilmente avevano altro significato all'epoca in cui furono emanate, (e dove riguardavano il problema della *lex* o patto inseribile in una *datio*), possono acquistare un significato particolare nel sistema del « *contractus donationis* » del diritto giustinianeo. Cfr. anche D. 5, 3, 25 § 11 e D. 39, 5, 28.

(19) Il semplice criterio che nella *donatio sub modo* dei testi si tratta di una *moderatio* o limitazione del *quantum* donato (*moderatio* avente quindi un oggetto patrimoniale analogo a quello della donazione: v. *infra* § 10, *f sub* 2°) non sembra sufficiente; chè lo stesso rapporto, in base all'intento delle parti, potrebbe essere invece un contratto di scambio. Inoltre non sempre il modo, la *lex* o il peso, considerati nei testi, rappresentano una limitazione del genere: Cfr. Cod. IV, 6, c. 3 e 8; Cod. VIII, 53 (54), c. 9; Cod. VIII, 54 (55) c. 1.

bile » sulla base dell'esecuzione dell'onere come *causa data* o se in questo caso occorra anche la forma. Quei testi trattano di una donazione reale, di una *datio,* con una condizione, una *lex,* un *modus,* da eseguire *dopo* la *datio.* E non è improbabile che, quando invece la esecuzione della prestazione convenuta avesse *preceduto* la *datio* e questa fosse ancora da eseguire, per l'azione contro il promittente si facesse ricorso all'*actio praescriptis verbis* e allo schema dei contratti innominati. Su questo terreno, la qualifica del negozio come donazione poteva non avere importanza.

La questione tuttavia non è di facile soluzione (20).

Che se poi nel diritto giustinianeo la donazione, specie quella obbligatoria, era veramente un contratto non formale, la questione neppur avrebbe ragione di porsi, poichè se una donazione obbligatoria non formale dava luogo ad azione, a *fortiori* vi dava luogo se vi era un *onere,* tanto più quando l'onere era già stato eseguito (come *causa data* o *res secuta*).

Quanto alla *causa praeterita* (servizi gratuitamente resi nel passato), i testi hanno dato luogo a dubbi e discussioni. Sembra chiaro che nel diritto classico la *causa praeterita* non escludeva l'idea della donazione (21). Ma è subito da avvertire che, comunque, la questione

(20) Nel D. 39, 5, 28 e nel Cod. VIII, 53 (54), C. 9 si considera *l'actio praescriptis verbis,* ma come azione per ottenere l'adempimento dell'onere.

(21) Cfr. D. 12, 6, 52 e 65 § 2, 4.

Nella D. 39, 5, 27 la costituzione di un diritto d'abitazione, *quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti,* è considerata come donazione, sia pure speciale (*non meram*) ai fini di un problema di revoca. Per altre interpretazioni di questo testo, che o mantengono ferma l'idea di un atto gratuito o escludono che si trattasse di *causa praeterita,* cfr. D'ANGELO, *La donazione rimuneratoria,* Milano, 1942, p. 90 segg.

Nella D. 39, 5, 19 § 1 si fa l'ipotesi di una causa futura (*Labeo scribit extra causa donationum esse talium officiorum mercedes, ut puta: si tibi adfuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris*). In questo senso D'ANGELO, *op. cit.,* p. 80; ai cui argomenti si può aggiungere che, se si fosse trattato di una *causa praeterita,* il testo avrebbe usato la tipica espressione *quod* o *quoniam* (D. 12, 6, 52 e 65 § 4 e D. 39, 5, 27), invece del « *si* », tipico come l'« *ut* », di una *datio* o di una promessa per causa futura o *ob rem* (D. 12, 6, 52 e 65 § 4; D. 39, 5, 19 § 6; D. 4 2, 9 § 1 in fine).

vi era posta in vista di problemi (*lex Cincia,* divieti fra coniugi, ripetibilità del *datum,* ecc.) diversi da quello di vedere se una promessa per una *causa praeterita* fosse un patto (non formale) valido. Infatti nel diritto classico la forma della *stipulatio* era richiesta non soltanto per la donazione obbligatoria (v. *sub* d in principio), ma anche rispetto ad una tale promessa, dato il ristretto sistema dei contratti tipici riconosciuti (v. *sub* a).

Nel diritto giustinianeo, da un lato la donazione è riconosciuta come negozio a sè, ma soggetto alle forme della insinuazione; dall'altro, resta fermo il sistema dei patti tipici (sia pure allargato), fra i quali non rientra la promessa per una *causa praeterita,* sicchè questa per sè non poteva mai dar luogo alla validità di una promessa non formale. Perciò nel diritto giustinianeo la questione della promessa per una *causa praeterita* si poteva porre, oltre che ad altri fini (divieti fra coniugi, ripetibilità, revoca per ingratitudine delle donazioni), al fine di vedere se la promessa, *come donazione,* era o meno soggetta all'insinuazione. Chè, se non la si fosse considerata come donazione, tale promessa, non costituendo un patto tipico, sarebbe stata soggetta alla forma della *stipulatio* (o a quella in cui questa si era trasformata). Ma appunto nello schema di una donazione *esente da insinuazione* la promessa per una *causa praeterita* avrebbe dato luogo ad un patto valido senza bisogno di forme o formalità. E poichè qui si può trovare l'addentellato delle regole del diritto comune e posteriore in merito alla *causa praeterita* come causa sufficiente ad escludere lo schema formale-causale della donazione, cioè come patto nudo diverso da una donazione (v. *infra* §§ 5 e 11), per questo varrebbe la pena di vedere se veramente la *causa praeterita* poteva escludere nel diritto giustinianeo la necessità della insinuazione. Su questo punto i testi ci dicono ben poco; ma sembra si debba rite-

---

Si aggiunga anche che tutta la D. 39, 5, 19 sembra riferirsi a cause future.

Ma la D. 39, 5, 19 § 1, interpretata come se si riferisse ad una donazione remuneratoria per servizi già resi, ha potuto dar luogo all'equivoco (v. D'Angelo, *op. e loc. cit.*).

Sulla D. 39, 5, 34 § 1 v. nota seg.

nere che, salvo forse qualche caso eccezionale, la *causa praeterita* non avesse quell'efficacia (22).

---

(22) Della D. 39, 5, 19 § 1, che comunque non parla di insinuazione, si è già detto a nota prec.

Resta la D. 39, 5, 34 § 1 (Paulus, *libro quinto sententiarum*): *Si quis aliquem a latruncolis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio inrevocabilis est: non (nam?) merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit.*

Il corrispondente passo delle « Sentenze » di Paolo recita: « *Ei qui aliquem a latruncolis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibetur (si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est), quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit* » Qui Paolo, *sempre considerando la datio per una causa praeterita come donazione,* esime questa dalle proibizioni della *lex Cincia,* in considerazione dell'importanza del servizio reso, di valore inestimabile.

Il passo del Digesto dà luogo a perplessità, qualora la giustificazione (*quod contemplatione salutis ecc.*) si riferisse genericamente a *tutti* i servizi non suscettibili di estimazione in danaro. Infatti, se nell'espressione « *donatio inrevocabilis* » si accentua lo « *inrevocabilis* » e lo si riferisce, come pur è stato fatto, all'esenzione dalla insinuazione, allora si avrebbe un risultato curioso. I servizi (qualsiansi) apprezzabili in danaro esimerebbero dalla insinuazione, mentre non ne esimerebbero i servizi apprezzabili in danaro (salvo il caso in cui equivalgano all'incirca al *donatum*? nè, se vi corrispondono in parte, si potrebbe insinuare l'atto in parte!). Proprio il rovescio dell'opinione accolta nel diritto comune, almeno se i servizi apprezzabili in danaro sono all'incirca equivalenti al *quid datum* (v. *infra* § 5 e 11)! Da altri lo « *inrevocabilis* » è stato riferito alla revoca per ingratitudine (pei servizi apprezzabili in danaro, la revoca non sarebbe ammessa soltanto fino a concorrenza del loro valore).

Se, viceversa, si accentua l'espressione « *donatio* » trascurando l'« *inrevocabilis* », potrebbe sembrare che la legge dica esservi SEMPRE donazione, perchè i servizi resi non sono apprezzabili in danaro, e quindi non si può stabilire una proporzione fra il loro valore e quello del *quid donatum*; mentre, se sono così apprezzabili, non vi sarebbe donazione, almeno nella proporzione. Ma in tal caso, a parte i problemi dei divieti fra coniugi e simili, non si capirebbe a qual risultato pratico tenda la legge quanto al problema della forma. Chè, se vi è stata una *datio* (*traditio*), come nell'ipotesi della legge, essa è sufficiente per la validità del trasferimento. Se si trattasse di una promessa, questa sarebbe nulla come patto nudo (v. quanto si è detto sopra nel testo).

Probabilmente la legge vuol dire che la donazione nella fattispecie è irrevocabile (per ingratitudine o per altri motivi: v. D. 39, 5, 27 e 32; o

Non è da dimenticare infine che nessuno dei testi sulla *causa praeterita* (salvo forse D. 39, 5, 19 § 1) si riferisce alla promessa; vi si tratta in genere di una *datio* già avvenuta, ove la *traditio* o altro atto equivalente (23) risolveva il problema della forma di una valida alienazione (salvo il requisito dell'insinuazione nel diritto giustinianeo). Soltanto la confusione fra i vari problemi, cui dà luogo l'odierno concetto astratto di gratuità e onerosità (v. § 10 *sub* f), ha potuto far argomentare da tali testi per considerare valide, in un sistema ove si afferma il principio del nudo patto, la promessa e l'alienazione (senza *traditio*) non formali per una *causa praeterita.*

e) Breve nota comparativa.

Poichè scopo di questo corso è di suscitare l'interesse per la comparazione, anche dal lato dello sviluppo storico dei vari sistemi, come metodo di comprensione del diritto, non sarà inopportuno un breve cenno di comparazione fra il diritto romano, la *civil law* medievale e la *common law* (nella fase in cui non è ancora ammessa la *executory consideration*: v. *infra* § 26).

Se il sistema contrattuale del diritto romano-giustinianeo è quello che risulta dai testi, e specialmente dal Digesto, esso presenta delle

---

magari nonostante il difetto di insinuazione), e ciò data l'*importanza* inestimabile del salvamento della vita.

Nel testo non si può non accentuare lo « *inrevocabilis* ». E, se così è, sarebbe fuor di luogo riferirlo genericamente alla categoria di *tutti* i servizi non patrimonialmente apprezzabili, per concludere nell'assurdo che *qualunque* servizio, anche modesto, sol perchè non apprezzabile in danaro, rende irrevocabile (per ingratitudine, ecc.) la donazione.

Comunque, è chiaro che il testo non prova nulla per la validità di una *promessa* (non formale) fatta per una *causa praeterita,* promessa neppur considerata nel testo.

Sulla D. 39, 5, 34 § 1 e sul corrispondente passo delle sentenze di Paolo, v. anche D'Angelo, *op. cit.*, p. 77 segg.

(23) V. testi citati alle note 21 e 22. Nella D. 39, 5, 27 si tratta di una concessione di diritto d'abitazione o altro diritto, valida dal punto di vista formale.

suggestive analogie coi cennati sistemi. Si tratta di sistemi fondati tutti sul contratto formale e sullo schema *generico* di uno scambio eseguito da una delle parti. Le analogie sono ancor più suggestive, se, attenendosi al diritto postclassico, si tralascia la concezione della donazione come negozio tipico, proprio del diritto giustinianeo (v. sopra nota 11).

Le differenze, specie rispetto alla *common law* (nella suddetta fase) concernono:

— l'ammissione dei quattro contratti consensuali (ma pel mandato v. *infra* § 27); mentre i quattro contratti reali nel diritto romano sono ammessi dalla *common law,* sia pure sotto altro aspetto (v. *infra* § 26 e 27).

— l'origine del sistema contrattuale di *common law* sopratutto da un'azione delittuale, origine che vi ha lasciato una profonda impronta (v. *infra* § 26). Ma, in fondo, superata la fase dell'azione delittuale, i principii ispiratori dei vari sistemi suaccennati sembrano analoghi, e si concretano nella funzione della forma e della *res* (v. sopra § 1, *b* et *c*).

I testi romani in materia di contratti innominati sembrano dare un particolare rilievo all'elemento della *datio vel factum,* anzichè a quello della «*promise*», come fa invece la *common law.* Ma si tratta di una differenza piuttosto apparente (v. *infra* § 26 nota 20).

Rinviamo per altri cenni comparativi a quanto si è detto sopra (§ 2 note 1, 9 a 11 e 14, e a quanto si dirà *infra* § 26 *sub e*).

§ 3.

La civil law nel medioevo

a) Contratto formale e contratto reale.

Com'è noto, agli albori, nell'epoca del diritto barbarico, la responsabilità del promittente si fondava non tanto sull'idea del contratto, quanto su quella del delitto, del torto che si faceva, almeno

in certi casi, all'altra parte con l'inadempimento (1). Non vi era estranea, in certo senso, almeno in epoca più avanzata, anche l'idea di un ingiusto arricchimento per avere il promittente ricevuto qualcosa dal

(1) Riproduco qui sostanzialmente per questa parte il mio articolo « *Appunti sul contratto obbligatorio nel c. d. diritto continentale e nella common law* » pubblicato nella *Riv. Trim. di dir. e procedura civile,* 1953, con alcune aggiunte e modifiche. Queste, che ho tratto dal mio corso di lezioni tenute nelle Università di Alessandria e del Cairo, sono state, più che altro, determinate da esigenze didattiche e di chiarimento per gli studenti.

Sarebbe molto interessante di sviluppare quegli appunti, sopratutto mediante l'aggiunta, nel vol. II, di una scelta di testi, oltre che romani, anche medievali, con note; e ciò al fine di suscitare nello studente, mediante il contatto diretto coi testi, il senso dello sviluppo storico del problema contrattuale e così di integrare il metodo comparativo col metodo storico, *in entrambi i casi* mediante il contatto diretto coi testi. Ho cercato di farlo qui pei testi romani. Quanto al diritto medievale, per ora debbo limitarmi a rinviare lo studente alle seguenti opere: SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia,* III, Città di Castello, 1909 e *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento,* Torino, 1920; BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé,* nuova ediz., Paris, 1936; CHENON, *Histoire du droit français privé et public, des origines à* 1815, Paris, 1926; SEUFFERT, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge* ecc., 1881, *Nördlingen;* P. FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi del diritto canonico,* negli *Annali Univ. Macerata,* (1937), p. 115 ss.; ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano,* Milano, 1952, lavoro fondamentale di cui si attende il seguito; *Pactum geminatum,* negli *Studi in onore di Besta,* I, Milano, 1939, p. 219 ss.; *Studi intorno alla promessa di pagamento, Il costituto di debito,* II, Milano, 1941, nonchè le opere citate dall'ASTUTI, *I contratti obbligatori,* cit., p. 493. Altri lavori ci interessano meno, in quanto, più che la prassi o il diritto vigente, considerano la storia delle dottrine o *droit des savants,* sul quale v. *infra* nel testo e § 4. Così, fra gli altri, pei seguenti lavori: KARSTEN, *Die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Juristen des Mittelalters,* Rostock, 1882; CAPITANT, *De la cause des obligations,* Paris, 1923 (3ª ediz. 1927); BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici (dal diritto intermedio al cod. civ. ital.),* Padova, 1932; MIRABELLI, *Causa subiettiva e causa obiettiva, Riv. Trim. di dir. e proc. civile,* 1951, p. 323 segg.; CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les oblig.,* Paris, 1929, già cit. (per quanto questi tenga conto anche della prassi e delle consuetudini). Inoltre questi ed altri lavori (salvo quello del Karsten) sono inficiati dalla confusione fra il problema che ci interessa (v. § 1 sub *b*), e che pur va sotto il nome di « causa », e il problema della causa come realizzazione dello scopo del promittente o del dichiarante in genere (v. *infra* § 22).

promissario; e, ancora, l'idea di un inganno o frode (in senso lato) nel non mantenere la promessa. Idee, tutte queste, di natura extra-contrattuale.

Lo stesso principio della forma operava non tanto perchè questa mostrasse, in modo certo, la volontà di obbligarsi, quanto perchè il rito, la cerimonia, impegnava per sè, pel suo valore mistico. La stessa distinzione fra una volontà di obbligarsi ed una volontà di alienare, contenute nella forma, era assai oscura.

Più tardi, nel periodo che potrebbe corrispondere *grosso modo* (ma i passaggi di idee sono incerti e oscuri) allo sviluppo del diritto langobardo in Italia e dei diritti barbarici con le relative « legislazioni », comincia a delinearsi l'idea di una responsabilità per la promessa. Quest'idea, molto probabilmente, non era mai venuta meno nelle regioni e fra i popoli che si trovavano sotto l'influenza del diritto romano o, meglio, delle consuetudini giuridiche e della prassi elleno-orientale. Ma la detta promessa, o l'accordo contrattuale, valeva soltanto in quanto una prestazione fosse stata eseguita da una delle parti (c.d. contratto reale), o in quanto la promessa fosse colata nello stampo di una forma (la *wadiatio,* la *fides facta,* poi la *charta* o la *traditio chartae*).

In quest'epoca, che si estende *grosso modo* fino al secolo XI e anche oltre, il contratto, all'infuori della forma e dei rapporti di carattere restitutorio e anche penale per la dazione o l'affidamento di un bene (mutuo, deposito, comodato, mandato, nel quale il diritto veniva trasferito al mandatario), il contratto, diciamo, è giuridicamente riconosciuto soltanto in quanto rappresenti uno scambio (e contratto è quasi sinonimo di scambio): uno scambio *eseguito* da una delle parti con una *res vel factum.* Perfino i quattro contratti consensuali tipici del diritto romano non sono ammessi in quell'epoca e anche molto più tardi: l'influenza del diritto romano sulla prassi e sul diritto effettivamente in vigore è piuttosto relativa.

La *res vel factum,* la prestazione eseguita, acquistava così il valore di un elemento per la *formazione* del contratto; finchè questo ele-

mento non interviene, la promessa è revocabile (v. supra § 1, *sub. c.;* e *infra* anche per la *common law* § 29).

L'idea o l'esigenza dello scambio è così radicata, che anche la donazione è riconosciuta soltanto in quanto vi sia un corrispettivo, *Launegild* o *widerdonum.* E si tratta di donazione reale o traslativa, la sola ammessa (ma, come s'è detto, la distinzione tra atto traslativo e atto d'obbligazione è ancora oscura, anche perchè la donazione con *Launegild* importava gli obblighi di garanzia o difesa). La donazione obbligatoria è forse ammessa come donazione di una somma di danaro mediante la *traditio chartae,* di quella *charta* che sembra « incorporare » il diritto di credito.

Il corrispettivo può anche essere ridotto ad un valore simbolico, un guanto, un mantello, un cappello, ecc., non soltanto per l'irrilevanza che aveva l'equivalenza delle prestazioni in una mentalità formalistica e aliena da indagini del genere (2), ma anche, sostanzialmente, perchè andava affiorando, sia pure allo stato latente, l'idea che una prestazione qualsiasi bastava a dar forma al contratto e ad accertare la volontà di concluderlo, e di concluderlo con valore giuridico (questa giuridicità essendo rappresentata dallo schema dello scambio). Una specie di « ipocrisia », che rende assai difficile distinguere l'esigenza di uno scambio effettivo da quella di uno scambio formale (v. *infra* § 30 segg. anche per la *common law* moderna).

Si sviluppano nel contempo le forme dell'*arrha* come modo di conclusione del contratto (non come *arrha poenitentialis*) e quella analoga del *denarius Dei*: le quali, tuttavia, almeno la prima, presuppongono che una prestazione o una residua prestazione resti ancora da compiere.

E l'*arrha* può consistere in una parte della prestazione dovuta o in oggetto diverso, anche di valore simbolico. Com'è noto, altra forma, assai diffusa, fu anche la *palmata.*

---

(2) Salvo il caso di sfruttamento di uno stato di bisogno, pel quale, è interessante notarlo, il rimedio comprende anche la donazione con *Launegild* (così nella legislazione carolingia); il che mostra come anche questo caso venisse riassunto nel concetto di uno scambio.

Data questa concezione del contratto, formale o reale (dove anche la *res* poteva ridursi ad una forma ,o ad uno schema formale di scambio), era naturale che il tipo o tipicità del contratto, e così anche la ragione del promettere, non avesse rilievo per determinare la sanzione giuridica (a parte, come detto, la questione della liceità). E difatti nei documenti rimastici troviamo i contratti più atipici, con prestazioni non aventi valore economico o tipico. Tutto, o tutti i rapporti si usava dedurre in un contratto o rapporto contrattuale (3); il che smentirebbe, in certo senso, la ben nota tesi che nel medioevo i rapporti fossero determinati dallo *status* della persona più che dal contratto (4).

Del resto, la mentalità dell'epoca era aliena da indagini del genere sul tipo, causa o ragione della promessa al fine di determinare o adeguare la sanzione. Vi concorrevano anche: la scarsa forza o disponibilità di forze (morali e materiali) dei Tribunali; il carattere della procedura e delle prove; e, in certo senso, anche il sentimento geloso del potere e degli interessi « privati » (confusi coi « *pubblici* ») in chi contraeva.

Tutti i caratteri fin qui menzionati concorrevano ad eliminare (come anche oggi eliminano nella *common law,* v. infra § 28) il problema della distinzione fra contratto di scambio e donazione *cum onere,* o *donation avec charges;* problema che ci assilla oggi nella *civil law* (*infra* § 10), ma che non poteva presentarsi *tel quel* nel diritto medievale, anche perchè il problema stesso esige un'indagine

(3) Per questi casi che, almeno oggi, si presentano come atipici, vedansi i documenti citati da SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici* ecc., cit., III, p. 95 (promessa di non celebrare divini uffici senza licenza del Rettore di una chiesa); p. 119 (elezioni nel governo di un monastero); p. 125 (obbligazione di restare sotto il patrocinio di una chiesa a certe condizioni; promessa di ben governare una chiesa); 168-169 (promessa di non punire certi schiavi; promessa di liberare due prigionieri). Queste e simili promesse, garantite da una penale, sono contenute in documenti che vanno oltre il 1000.

Sul grande uso della clausola penale anche in epoca assai posteriore, cfr. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni,* cit., I, p. 172-176.

(4) A chiarimento di questa tesi, v. POLLOCK e MAITLAND, *A history of the English law,* II, Cambridge, 1923, pp. 232-233.

delicata sull'intenzione del disponente, sulla causa (motivo) principale o secondaria, ecc. E quest'indagine era estranea allo spirito del diritto medievale e ai suoi metodi di interpretazione (v. *infra* sub *b*).

Naturalmente, in quanto la prestazione promessa (mediante la forma o la *res* ricevuta) non avesse carattere economico o tipico, occorreva un mezzo per rendere possibile la sanzione giuridica, quando questa consisteva nel risarcimento dei danni; e ciò per le difficoltà, allora insuperabili, della loro liquidazione. Questo mezzo era la clausola penale, assai diffusa, del resto, anche per le promesse di carattere economico; clausola, la cui importanza nello sviluppo del contratto merita di essere messa in grande rilievo (v. § 14, 20 e 21).

Tutte le osservazioni fatte fin qui meritano di essere ricordate nel corso delle nostre lezioni: esse, infatti, sono molto importanti per comprendere l'istituto della *consideration* e la concezione della donazione nella *common law* in raffronto alle concezioni della donazione *cum onere* e del contratto a titolo oneroso che si svilupperanno più tardi nella *civil law* (v. *infra* § 10 e § 28 e 30 segg. per la *common law*).

b) *Criteri formali e letterali di interpretazione. Irrilevanza dei motivi o presupposizioni per limitare la responsabilità del promittente anche nelle promesse a titolo gratuito. Responsabilità rigorosa, come se si trattasse sempre di un contratto formale o a titolo oneroso.*

Strettamente collegato alla cennata concezione formale del contratto, anche reale, era il metodo o la tendenza alla interpretazione formale-letterale della promessa, cioè il valore decisivo del *quod dictum est.* Con la conseguente irrilevanza dei motivi o presupposti (errore su di essi o loro mancata realizzazione) che non fossero espressamente posti come determinanti nel contratto, sotto forma, in ispecie, di una c.d. condizione. Si ricercava, è vero, perfino nel contratto for-

male, se vi era stata o vi doveva essere una controprestazione o ***res***: e ciò specialmente nella promessa a titolo di mutuo, per le frodi ormai tradizionali in materia. Ma una volta accertato che una controprestazione, ***res vel factum,*** era stata convenuta, cioè che si era « ***detto*** » di volerla o la si era accettata, i motivi o presupposti, più o meno erronei o realizzati, per cui si era così « detto » o per cui si era convenuto quel ***quid,*** non avevano rilievo, o l'avevano molto scarso, salvo che fossero stati espressi chiaramente in quel modo (c.d. condizione).

Quando si faceva una promessa in una certa forma o ricevendo « ***in cambio*** » una certa cosa o prestazione ***convenuta,*** non si poteva poi, per sottrarsi alla responsabilità che ne derivava, allegare che si era fatta quella promessa nel presupposto di certi fatti o situazioni, presenti, passati o avvenire, o nel presupposto di certe qualità della cosa ricevuta in cambio. In un simile sistema l'errore è irrilevante. (v. ***infra,*** anche per la ***common law*** moderna, § 30 e 32).

E anche in epoca più avanzata, quando l'errore poteva influire sulla sorte del contratto, lo poteva sempre sotto l'aspetto di un danno o di una lesione che ne derivava al promittente, piuttosto che sotto l'aspetto di un vizio della volontà, cioè sotto l'aspetto di una limitazione della volontà di obbligarsi o di obbligarsi con certi presupposti (v. autori citati a nota 5).

Perfino se il presupposto — ad esempio, una certa qualità della controprestazione — è ***normale,*** bisogna esprimerlo chiaramente nel contratto. Lo stesso difetto di una qualità ***normale*** (il vizio redibitorio) della cosa venduta è irrilevante in mancanza di un'espressa stipulazione. Soltanto più tardi questa stipulazione diviene una clausola di stile ed è poi sottintesa, almeno pei difetti più gravi (5).

In particolare: nei contratti a titolo gratuito non si può invocare lo stato di bisogno del promittente, la sopravvenienza di figli, ecc.: cfr., al contrario, gli artt. 1889 e 960 c. civ. francese; 1809 e 809 c. civ.

(5) Cfr. PERTILE, *Storia del diritto italiano,* IV, Torino 1893, p. 451 e citazioni ivi; ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere,* in *Riv. it. scienze giur.,* 1927, p. 335 segg.; MEYNIAL, *Note sur l'histoire du dol et de la violence* etc., in *Melanges Fournier,* p. 527 segg.; BRISSAUD, *op. cit.,* p. 436-7, 456 e 502.

ital.; 519 e 528 c. civ. germanico; 250 c. svizzero obbligaz,; 644 e 501 *b* c. civ. egiz., ecc.).

Non si possono invocare quei fatti, nè sotto l'aspetto *oggettivo* di un principio di giustizia o di equità (dicendo che il promittente non deve essere troppo gravato, non avendo ricevuto nulla in cambio), nè sotto l'aspetto *soggettivo*, cioè che il promittente aveva fatto la promessa nel presupposto di non cadere, lui o la sua famiglia, nello stato di bisogno, di non avere figli, ecc.

Del resto, il contratto formale impone una responsabilità rigorosa senza limitazioni o presupposizioni, salvo per quelle chiaramente espresse nella forma. Conviene inoltre ricordare che in quell'epoca non si ammetteva, in linea di principio, che il contratto di scambio o a titolo oneroso; e ciò anche se il contratto era in realtà a titolo gratuito, perchè si esigeva sempre almeno la forma apparente dello scambio mediante controprestazione simbolica.

Conseguentemente, quanto alla misura della responsabilità del promittente, non si faceva distinzione fra contratto a titolo oneroso e contratto a titolo gratuito: la responsabilità era *sempre una e uniforme*, cioè quella rigorosa di un contratto a titolo oneroso, concepito formalisticamente, o di un contratto formale (BRISSAUD, *op. cit.*, pagina 399-400).

Si vedano, al contrario, per la *civil law* moderna, gli artt.: 1891, 1992 c. civ. francese; 1710, 1812, 797-798 c. civ. ital.; 494, 495-496 e 638 c. civ. egiz.; 99 c. svizzero obbligaz.; 521, 522, 524, 599, 600, 690, ecc. c. civ. germanico (v. *infra* § 15).

La *common law* conserva i suaccennati tratti caratteristici del diritto medievale: v. *infra* § 26 e 28 a 32.

Parimenti, siccome tutti i contratti in quell'epoca erano formali o erano considerati, almeno formalmente, come contratti a titolo oneroso, i motivi e la loro rilevanza erano trattati sempre come in questi ultimi contratti. Al contrario, com'è noto, nella *civil law* moderna, si tende, pei contratti a titolo gratuito, a dare rilievo ai motivi anche nei casi in cui essi non l'avrebbero negli altri contratti: cfr. ad esempio l'art. 787 c. civ. ital. che rispecchia questa tendenza e

pel quale il carattere determinante del motivo non deve risultare necessariamente dalle dichiarazioni o contegni contrattuali (v. anche art. 1371).

Tutti questi tratti caratteristici del contratto medievale (quanto all'interpretazione, all'irrilevanza dei motivi o presupposti limitanti la responsabilità) possono essere spiegati nel seguente modo (6).

L'indagine sui motivi o presupposti va di pari passo con i criteri adottati per stabilire la volontà di obbligarsi *giuridicamente*. Se, per stabilire questa volontà, la si deve ricercare al di là dei criteri *oggettivi* della forma o di una *qualsiasi* controprestazione ricevuta in cambio (la *res*), si dovrà tener conto dei motivi, scopi o presupposti del promittente che *limitano* quella volontà (sia pure tenendo conto altresì dell'esigenza di proteggere il destinatario della promessa che vi ha fatto affidamento, sopratutto nei contratti a titolo oneroso).

E' questo il sistema della moderna *civil law*, implicito nel vago quanto ambiguo principio « *solus consensus obligat* » (patto nudo).

Da questo punto di vista, non si può essere sicuri di aver stabilito e individuato la volontà di obbligarsi giuridicamente, se non si tiene conto nello stesso tempo dei motivi o presupposti che limitano questa volontà: *volontà di obbligarsi e sue limitazioni fanno tutt'uno*; questo « tutt'uno » rappresenta la volontà di obbligarsi nel caso *concreto,* ricercata o indagata mediante un metodo di interpretazione libera o non formalistica.

Al contrario, se, per stabilire la volontà di obbligarsi giuridicamente, si adottano i criteri oggettivi del diritto medievale (la forma o la *res* qualsiasi), allora non si può tener conto dei motivi o presupposti che limitano quella volontà, salvo che essi risultino in certi modi formali, di significato oggettivamente chiaro o, per così dire, secondo certi « *standards* » sociali.

---

(6) Le osservazioni che seguono troverebbero un posto più conveniente nelle premesse (§ 1) o là dove si parlerà della *civil law* moderna. Le faccio qui per dare immediatamente allo studente la sensazione del problema all'atto del suo sviluppo storico.

Mi spiego con alcuni esempi, assai importanti, perchè *li ritroveremo spesso nel nostro corso* (v. § 14) *e nella casistica* (v. vol. II).

Supponiamo che A prometta a B di prestargli domani a titolo gratuito il proprio cavallo, o mille sterline, o, ancora, di trasportarlo l'indomani gratuitamente da Alessandria al Cairo con il proprio automobile (con il carro, nel medioevo!), o di ricevere domani in deposito una cosa.

Come si può sapere se A ha inteso contrarre un'obbligazione in senso giuridico, cioè, come dirà anche POTHIER (*Traité des obligation,* n. 3) « *d'accorder* (à B) *le droit d'en exiger l'accomplissement* »; ovvero un'obbligazione nei rapporti sociali, morali, di cortesia, d'amicizia, ecc.?

La questione è troncata alla radice, se si adottano i criteri della forma o della *res* anche simbolica (la *nominal consideration*, v. *infra* § 30). Con la forma, la *res,* il *denarius Dei,* ecc., l'obbligazione giuridica è contratta ed è contratta in *pieno,* senza limitazioni derivanti da motivi o presupposti non espressi nei suaccennati modi. Per esempio: se l'indomani A ha un bisogno urgente e imprevisto del suo cavallo, dell'auto, o se egli ha perduto tutti i suoi beni o anche solo il suo danaro *liquido,* A non può invocare questi fatti per sottrarsi alla promessa, dicendo che egli l'ha fatta *nel presupposto* che ciò non sarebbe accaduto, oppure dicendo che *non è giusto* costringerlo a mantenere una promessa in simili condizioni per lui onerose, mentre non ha ricevuto nulla in cambio.

Ma se si abbandonano i criteri della forma o della *res,* come nella *civil law* moderna, si dovrà allora indagare sui motivi presupposti e sulle circostanze del caso concreto; e per determinare esattamente la volontà di obbligarsi si dovrà tener conto dei suaccennati fatti sopravvenuti. E ciò da due punti di vista:

1) come presupposti (più o meno impliciti o taciti) o come limitazioni della volontà, in quanto non si può pensare che A abbia inteso obbligarsi gratuitamente per quelle ipotesi così onerose per lui;

2) come ragione di giustizia o di proporzione (chè giustizia è « proporzione »), perchè l'indagine libera sul volere ha mostrato che

A aveva uno scopo o intento di rendere un servizio gratuito (*bienfaisance*); e di questo scopo convien tener conto, proporzionandovi la sanzione della promessa, cioè non applicando le regole rigorose dei contratti a titolo oneroso.

In realtà questi due aspetti, soggettivo e oggettivo, sono assai difficili da distinguere e in pratica si confondono, allo stesso modo con cui, vedremo, in pratica si confondono la *cause raisonnable* e la *cause juste* (v. *infra* § 14).

La cennata indagine sulla volontà e sui suoi motivi e presupposti richiede una tecnica raffinata di interpretazione. Ma, anche possedendo questa, resta sempre un margine di incertezza. Invero, supponiamo che A abbia fatto le promesse summenzionate non per un *puro* scopo di beneficenza, ma per un suo interesse particolare: per esempio: perchè voleva vedere se il suo cavallo era capace di fare il viaggio da Alessandria al Cairo, perchè non voleva fare il viaggio da solo (sopratutto nel medioevo!); perchè sapeva che con le mille sterline B avrebbe acquistato un negozio in concorrenza con C (ostile ad A), ecc. Per altre promesse « interessate », senza l'elemento dello scambio, v. *infra* § 14 *sub e*; § 16 e anche la casistica nel vol. II (caso Felmann cr. Mathebs e simili).

Che importanza avranno questi varii motivi o interessi nel problema di limitare la responsabilità di A, quand'egli invoca il bisogno urgente del cavallo, dell'auto o del denaro, per sottrarsi alla promessa? Potrà ancora sostenere che egli non *intendeva* obbligarsi per queste ipotesi? O che non è *giusto* costringerlo a mantenere la promessa o a risarcire i danni a B?

Ecco le gravi incertezze (v. quanto al caso del deposito nell'interesse del depositario l'art. 1928 c. civ. francese e vedasi anche *infra* § 14 *sub* e; § 16).

Incertezze analoghe e altre diverse sorgono nel caso in cui A promette a B danaro o beni per ricompensarlo di certi servizi resi nel passato, o per adempiere ad un dovere morale. Ha voluto A contrarre un'obbligazione in senso giuridico? e, in questo caso, ha inteso fare una donazione o soltanto ricompensare o adempiere ad un

dovere morale? E se il valore della cosa, promessa senza intento di donare, supera di molto quanto, secondo l'apprezzamento comune, sarebbe giusto promettere per quei servizi o quel dovere? Se dopo questa promessa A cade in istato di bisogno? Si può limitare la responsabilità di A o ridurre l'ammontare della promessa? Manca in questi casi il criterio della *res,* perchè i servizi, resi nel passato, lo furono senza essere convenuti come oggetto di scambio (v. § 11).

Il diritto medievale e i sistemi analoghi hanno cercato, mediante i requisiti della forma e della *res,* di risolvere o troncare, secondo la loro capacità interpretativa, la loro mentalità e i loro interessi, tutte queste e altre simili questioni, che sono poi le difficoltà indicate nella premessa § 1 *sub b.* Più o meno consciamente, in quei sistemi si soddisfa l'interesse della certezza dei rapporti giuridici.

§ 4.

La civil law fino a Domat e Pothier

Longevità del sistema dei contratti formali e reali. - Prime e limitate vittorie del c.d. principio consensuale. - Il diritto canonico, le scuole di diritto romano e i giusnaturalisti

a) Longevità del sistema dei contratti formali e reali.

Il sistema medievale dei contratti reali e formali, che abbiamo brevemente tratteggiato nel § precedente, durò a lungo sul continente europeo e anche in Italia; quanto ai contratti formali, secondo le forme in uso nei vari luoghi. Esso durò più a lungo di quanto solesse far ritenere un'opinione, la quale vorrebbe anticipare (talvolta perfino all'epoca langobarda) il diffondersi del principio del « nudo patto »; opinione assai diffusa fino a non molto tempo fa e sostenuta anche recentemente (1).

---

(1) Per quest'opinione e per la sua critica, v. ASTUTI, *I contratti obbligatori,* cit.

Si può dire che per trovare il principio del c.d. nudo consenso bisogna arrivare in Italia fino al secolo XVI e anche oltre; altrove fino al XVII e anche al XVIII (2); e pur sempre con limitazioni che fanno seriamente riflettere. Per tutta quest'epoca la *res vel factum* (che glossatori e commentatori traducevano in termini romanistici di *causa* dei contratti innominati) restò a lungo un requisito di formazione del contratto, perfino nei tipici contratti consensuali romani, quali la vendita e la locazione.

Altrettanto vale per la *palmata,* l'*arrha,* il *denarius Dei* e il corrispettivo simbolico, elementi richiesti perfino in certi statuti dei mercanti.

Ma sopratutto si diffuse la *charta* o *instrumentum,* in varie forme, con o senza clausola stipulatoria di stile: sicchè pei contratti di una certa importanza, anche se reali, o talvolta addirittura per tutti i contratti, si esigette quella forma (3). Le discussioni sul valore formale o soltanto probatorio della *charta,* fatte con la nostra mentalità e col nostro bagaglio moderno di idee, hanno un'importanza assai discutibile per quei tempi, in cui la distinzione fra prova e forma *ad substantiam* aveva un valore molto relativo (4), specie se applicata al problema dell'accertamento di una volontà di obbligarsi giuridicamente. Nè si può parlare di un atteggiamento meramente conservatore o della forza d'inerzia della tradizione, poichè i requisiti della forma o della *res* erano radicati nella mentalità e nel costume del-

(2) Ciò risulta dagli statuti dei nostri comuni, dalle nostre leggi locali, dalle consuetudini nostre e di altri paesi, Francia, Germania, ecc., e dalla prassi documentale Cfr. a questo proposito le opere di Schupfer, Brissaud, Seuffert, Chenon etc., citate sopra § 3 nota 1.

(3) Il documento, nella forma dell'*acte scellé,* sembra aver subito un processo di decadenza in Francia, come *forma* contrattuale, riducendosi alla funzione di prova (cfr. CHENON, *op. cit.,* vol. I, n. 382, p. 204-208). Ciò, a parte la difficoltà di distinguere fra prova e forma in quell'epoca, non significa trionfo del principio del nudo consenso, cioè validità di qualsiasi contratto che non fosse di scambio o reale, come: le promesse di mutuo, di comodato, le promesse per servizi resi nel passato, per un'obbligazione naturale, ecc.

(4) Cfr. in proposito, ASTUTI, *I contratti obbligatori,* ecc. cit., p. 239-292; SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici,* ecc., cit., III, pp. 75-76.

l'epoca e presentavano inoltre dei vantaggi (v. § 1) che alcuni giuristi, acquistatane coscienza, non mancavano di mettere in luce.

Se per certi contratti di scambio tipici, come la vendita, ove la volontà di obbligarsi giuridicamente era meno dubitabile, si richiedeva ancora la forma o la *res*, figurarsi come dovevano esser considerati certi contratti, quali le promesse unilaterali di vendita (5), le promesse di comodato, di mutuo e simili o le promesse atipiche, quando tutte queste promesse non fossero rivestite delle forme in uso. La forma o la *res* era anche l'indice necessario per mostrare che le parti erano uscite dalla fase delle trattative.

Quanto alla donazione, essa rimase per lungo tempo, fino a Pothier (6) e forse fino alle codificazioni e oltre, un contratto reale e anche formale, benchè, come vedremo, il ricorso alla forma venisse spesso giustificato con motivi (protezione della famiglia, dei terzi, frodi, ecc.) che non concernevano propriamente il problema della forma come elemento essenziale (o come unico criterio d'accertamento) della volontà di obbligarsi giuridicamente.

Poichè si ammetteva soltanto la donazione reale o traslativa, il problema della donazione obbligatoria *cum onere* non aveva ragione di porsi, salvo forse pel caso di promessa di una somma di danaro, fatta con la « condizione » che si fosse compiuto o non compiuto un certo fatto (certi studi, astensione dal gioco, ecc.). Ma in quanto la donazione traslativa *cum onere* era considerata quale con-

(5) Che nei nostri statuti le promesse di contratti (onerosi o di scambio) siano considerate valide (SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni*, cit., I, p. 54) non significa che non vi dovesse concorrere la forma scritta, l'*arrha* o simili, se questi requisiti ancor sussistevano pel contratto definitivo perfino fra commercianti; oppure poteva trattarsi di promesse *bilaterali* di contrarre, la cui validità andava lentamente affermandosi nell'ambiente commerciale.

(6) L'ammissione della donazione obbligatoria (anche per cosa diversa dal danaro) che si ritrova più tardi presso certi autori (v. ad es. VOET, *Comm. ad Pandectas*, 39, 5, 19; e le discussioni in RICHERI, *Universa civ. et crim. iurisprudentia* ecc., tomo IV, § 342-344) solleva seri dubbi di fronte allo stato reale della prassi. Tale ammissione non è, del resto, senza gravi contrasti e incertezze teoriche. Si ha talvolta l'impressione che si tratti di discussioni con riguardo ai testi romani (v. *infra sub* c, d; § 5 *sub* c).

tratto innominato o di scambio e, come tale, non veniva assoggettata ai requisiti di forma e di insinuazione (7), è da ritenere *a fortiori* che, qualora il fatto, costituente l'onere o « condizione », avesse preceduto l'esecuzione della promessa di dare o « donare », la tendenza era quella di considerare tale promessa come un contratto innominato. In questo contratto innominato, in cui la *res vel factum* era stata eseguita, non si aveva riguardo al valore, equivalenza o carattere non economico della prestazione oggetto dell'onere o « condizione » della promessa. Il che, del resto, era conforme alla mentalità dell'epoca e a quanto si è detto circa il concetto di corrispettivo e di scambio nell'epoca stessa (salva l'esigenza della forma, quando questa fosse imposta non solo per le donazioni, ma per tutti i contratti di un certo valore). v. § 3 *sub* a.

Più dubbio può essere il trattamento riservato alle promesse non formali per una *causa praeteria,* per servizi resi, ecc. Probabilmente l'esigenza della *res,* come scambio attuale, o l'esigenza della forma influivano anche in questo campo. Ad escludere che si trattasse di donazione, con gli inerenti requisiti della *datio immediata* o della forma, gli interpreti invocavano un'analogia o un'assimilazione col contratto innominato o permuta, una permuta in cui la *res* (servizi resi e simili) sarebbe già stata data in precedenza; oppure un'analogia col pagamento o promessa di pagamento di un debito precedente (8). Tuttavia, anche secondo queste costruzioni, assai contrastate e discusse, il contratto sarebbe stato valido (se non v'era la forma) soltanto nei limiti di ciò che il promittente aveva ricevuto in precedenza.

Comunque, da un lato, il ricorso all'idea della *res,* di un *fittizio* contratto innominato, o di un pagamento, mostra che la *res* era ancora un elemento vitale nella prassi e mostra, così, che le promesse per una *causa praeterita* non erano ammesse, *come tali,* dal diritto vigente. Dall'altro lato, è assai dubbio che quella costruzione delle

(7) Cfr. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni* ecc., cit. II, p. 51 ss. e citazioni *ivi.*

(8) Cfr. SCHUPFER, *op. e loc. citt.*

promesse per una *causa praeterita* corrispondesse alla prassi: si può anche pensare che la portata della costruzione stessa si limitasse ad uno studio o interpretazione dei testi romani.

Permane, in quest'epoca, se pur affievolita o in via di affievolirsi, la tendenza all'interpretazione letterale-formale del *quod dictum est,* in relazione alla mentalità per cui solo nella forma o nella *res* si vedeva il criterio distintivo della volontà di obbligarsi giuridicamente. E ciò nonostante l'opera della scuola, l'influenza del diritto canonico, e certe affermazioni circa il principio che ormai tutti i giudizi sono di buona fede (v. nota 9). In conformità a quei criteri di interpretazione, i presupposti soggettivi della promessa, *per escludere* o limitare la responsabilità del promittente, non hanno ancora il dovuto rilievo se non sono espressi, anche nelle promesse a titolo gratuito, in certi modi che ne scolpiscano il valore determinante (9). Ma qui,

---

(9) Cfr. PERTILE, *Storia del diritto italiano,* cit., p. 451 e citaz. *ivi;* ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere,* ecc., in *Riv. it. sc. giur.,* 1927, cit. p. 335 ss.; BRISSAUD, *op. cit.,* p. 436-437 e 456.

L'equità, che avrebbe dovuto dominare, almeno nei giudizi fra commercianti, era contrastata proprio qui dall'esigenza di certezza; cfr. ASTUTI, *I contratti obbligatori,* cit., p. 445. Anche quando, superandosi i criteri formalistici di interpretazione o di accertamento della volontà di obbligarsi e dei suoi limiti, l'errore sui presupposti o motivi divenne rilevante, lo divenne, come abbiamo visto, dal punto di vista oggettivo della lesione o del danno subìto dal contraente, e non da quello soggettivo di un vizio della volontà, cioè di una limitazione della volontà di obbligarsi (v. ZANI, *op. cit.*). Probabilmente la proclamata desuetudine della distinzione fra negozi *bonae fidei* e negozi *stricti juris* si riferiva alla rilevanza dell'errore, dolo o violenza da quel punto di vista oggettivo.

La rilevanza dell'errore sui motivi, come vizio della volontà o limitazione della volontà di obbligarsi, va di pari passo con l'affermarsi (tardo, almeno nella pratica) della validità del « nudo patto », cioè della ricerca della volontà « seria e deliberata » di obbligarsi e dei suoi presupposti; ricerca più libera, al di là dei criteri oggettivi della forma o della *res,* mediante il criterio della « causa ragionevole » (v. *infra sub d* note 17 e segg., e § 14). Questo principio del nudo patto, con l'inerente rilevanza dell'errore quale vizio della volontà (anche su un motivo non espresso come determinante nelle promesse a titolo gratuito), si delinea nel secolo XVII e si afferma nel XVIII, cioè col giusnaturalismo e con l'individualismo. Grozio (*op. cit.* sopra § 1 nota 2), dopo aver fondato

sotto l'influenza del diritto canonico e delle scuole, comincia ad aprirsi una breccia (specialmente per le promesse a titolo gratuito); breccia che doveva a lungo andare costituire un colpo grave anche per il principio, ancor tenuto fermo, della forma o della *res* quali criteri per l'accertamento della volontà di obbligarsi giuridicamente o anche, quanto alla *res,* quale fondamento sostanziale dell'obbligazione *ex contractu.*

Infatti, come s'è detto al paragrafo precedente *sub b,* la ricerca, ov'è ammessa, dei limiti della volontà di obbligarsi fa tutt'uno con la ricerca di questa volontà (al di là dei criteri formali). Ciò vale anche per quei presupposti normali o di giustizia per l'adeguamento o l'esclusione della responsabilità nella promessa a titolo gratuito, dei quali s'è parlato al paragrafo precedente.

b) Prime e limitate vittorie del c.d. principio consensuale.

Il primo successo per il riconoscimento del « consenso », senza *res* e senza forma, fu naturalmente ottenuto nel campo dei contratti di scambio più in uso, vendita, permuta, locazione di cose, di opere o d'opera, ecc., cioè per quelli che, nella terminologia comune, si definivano contratti o mercati.

Questo si ebbe all'incirca nei secoli XVI-XVII. Probabilmente certe generalizzazioni scolastiche sul valore del nudo consenso si riferiscono a questi contratti, perchè per essi si faceva sentire più viva la preoccupazione di venire incontro alle esigenze della pratica.

Il successo in questo campo fu dovuto soprattutto al fatto che l'ambiente, il costume, era ormai maturo per considerare l'aspettativa o credito, derivante da una promessa, come un bene equivalente alla *res* del contratto reale medievale, qualcosa che si poteva considerare

---

l'obbligazione contrattuale sul potere della volontà dell'uomo di limitare la sua libertà (v. *infra* § 6), afferma che le obbligazioni volontarie presuppongono il « libero esercizio del volere »; onde, egli continua, come pel caso degli incapaci, così nessuno può essere vincolato da qualcosa che egli fa per un errore o sotto l'influenza del dolo (op. cit., libro III, cap. I, n. 19).

come un elemento del patrimonio, aveva un valore venale e si poteva scambiare (10). A ciò giovarono la diffusione dei commerci e della fiducia, per cui ormai ci si affidava e si dava valore alla promessa, sotto la spinta, almeno teorica, delle scuole romanistiche, canonistiche e poi anche di diritto naturale; ma soprattutto sotto l'influenza delle idee e della prassi diffuse negli ambienti commerciali, ove appunto il credito era considerato un bene e veniva dai commercianti inserito nei loro bilanci all'attivo.

Naturalmente, per poter abbandonare il principio della *res* o della forma nei suddetti contratti di scambio tipici, era necessario che si sviluppasse una più raffinata tecnica interpretativa dei Tribunali e una loro maggior fiducia (con una minor pigrizia o minor inerzia!) nella possibilità di ritrovare, al di fuori di quegli elementi formali, il momento conclusivo del contratto, di ritrovare, cioè, la parola o il contegno che significasse volontà di fare una promessa o un'offerta impegnativa (11), nonchè la volontà di uscire dalla fase delle trattative e di concludere. In fondo, in questi contratti di scambio l'abbandono di criteri formali o quasi formali era più facile, dato appunto che chi entra in un rapporto di scambio suole agire molto cautamente e dato che lo schema di questi contratti, abbastan-

(10) Il principio del trasferimento della proprietà col «consenso» e l'equivalenza del credito alla *res* potevano far vedere attuata la *res* con tale «trasferimento» o con la dazione di tale credito. Suggestivo è in proposito un passo di Connano, *Comm. juris civilis libri* X, libro V, cap. I. Egli mantiene l'esigenza della *res,* ma soggiunge che nella vendita, nella locazione e simili, la fissazione del valore della cosa equivale al suo trasferimento, poichè da questo momento la cosa si ha per consegnata (o data) e il prezzo per pagato.

Secondo questo ragionamento, la controobbligazione o dazione di un diritto di credito è ancora un elemento per la *formazione* del contratto, come la *res* (v. *infra* per la *common law* § 26 nota 13).

Del resto, l'esigenza della *res* o la negazione del valore del patto nudo si trova ancora in molti autori, come Duareno, Fabbro, Donello.

(11) Infatti, la possibilità di impegnarsi in base alla semplice accettazione altrui, senza ricevere una *res* che confermasse quell'impegno, presupponeva appunto la possibilità di accertare nella proposta di contratto la cennata volontà di fare un'offerta impegnativa.

za tipici, è per sè indice di una volontà seria di obbligarsi (v. § 1 *sub b*). Chi richiede la promessa di una controprestazione o di un sacrificio all'altra parte, suole agire seriamente: e, d'altro lato, va tutelato l'affidamento di chi riceve una simile richiesta e, accettatala, si prepara ad eseguirla. Così nella prassi o vita reale del diritto questi contratti incominciarono a venire riconosciuti come consensuali verso la fine del secolo XV o i primi del XVI in Italia; più tardi altrove.

Ma per trovare una più larga estensione del c.d. principio del nudo consenso, oltre il campo dei contratti di scambio (promessa contro promessa), bisogna arrivare a tempi molto più recenti o assai vicini alle codificazioni: e anche qui con serie limitazioni o riserve.

Con ogni probabilità, come tosto vedremo, non bisogna credere alle astrazioni o alle retoriche proclamazioni dei giusnaturalisti; e anche l'influenza del diritto canonico e delle scuole di diritto romano, su tutto il problema del valore del nudo consenso, va valutata molto cautamente.

c) L'influenza del diritto canonico e delle scuole (savants).

Come si è testè accennato *sub a* e *sub b,* il sistema dei contratti formali e reali durò molto a lungo; le prime vittorie del principio consensuale, fino al secolo XVII ed anche fino ad epoca più avanzata, furono assai limitate.

Ci si può allora domandare quale fu l'effettiva influenza, sul sistema contrattuale vigente, del diritto canonico e delle scuole, anche di quelle di diritto romano (almeno pei quattro contratti consensuali, pel *contractus donationis* e per certi patti riconosciuti nei testi romani).

Il problema è assai delicato, ma si può ritenere che quell'influenza fu più limitata di quanto appaia a prima vista.

Quanto al diritto canonico, che avrebbe, secondo alcuni, fatto trionfare assai presto nel suo seno e nel *jus civile* il principio consensuale, la sua influenza fu assai limitata e assai più tarda di quanto

certe teorie amavano di far credere, come hanno dimostrato studi recenti e anche non recenti (12). Probabilmente il richiamo al diritto canonico intervenne come spinta o come giustificazione morale, quando già la prassi, per le ragioni pratiche accennate *sub b,* era avviata verso il principio consensuale, almeno pei contratti più in uso. Comunque, a quell'influenza o « invadenza » la prassi e la consuetudine resistettero validamente: perfino la *forma* assai diffusa della promessa giurata, in quanto poteva dar luogo ad una pretesa della giurisdizione ecclesiastica, fu combattuta (v. ancora il POTHIER nel suo *Traité des obligations,* n. 104).

Quanto alle scuole di diritto romano, come abbiamo avuto occasione di vedere, gli stessi principi romanistici sul valore del nudo consenso nei contratti consensuali tipici, nella donazione e in certi patti, non avevano trionfato sulla prassi e sulle consuetudini. E quando il valore del nudo consenso si affermò per alcuni contratti tipici, questo, come pur abbiamo notato, fu uno sviluppo dovuto a ragioni indipendenti dal diritto romano, il quale, al massimo, servì come incentivo, giustificazione o inquadramento. L'opera di queste scuole fu soprattutto quella di uno studio, di una esercitazione sui testi romani e anche di un inquadramento o costruzione dei dati della esperienza (cioè del diritto vigente) mediante concetti e nomi romanistici.

La lotta fra queste scuole e il diritto vigente, lotta spesso latente anche altrove, era addirittura aperta, com'è noto, in Francia.

Certo non si può negare l'influenza del diritto romano sul diritto comune, ma quest'influenza, più forte in altri campi, fu assai limitata in quello contrattuale, specie rispetto al principio del consenso (pei contratti consensuali tipici e per certi patti).

Infine, quanto all'influenza dei *savants* in genere, d'ispirazione più o meno romanistica, essa va considerata con ancor maggior cautela. Un esempio si può trovare nella dottrina del *constitutum debiti* e del *pactum geminatum* (v. sopra § 2 nota 9). Questa dottrina, che

(12) Cfr. su questo punto le opere di Fedele, Brissaud, Seuffert, menzionate al § 3, nota 1 e altre citazioni presso questi autori.

avrebbe portato praticamente al trionfo del principio consensuale già nel secolo XV, almeno in Italia (13), era in realtà un'esercitazione scolastica sui testi, un tentativo o una mera speculazione teorica di fronte alla realtà della resistente prassi (14).

Sicchè quegli autori, che hanno fatto credito a queste scolastiche apparenze (15), sono stati trascinati ad anticipare il trionfo del principio consensuale e ad attribuirne il merito anche alla teorica del *pactum geminatum.*

In tutto questo problema dell'influenza delle scuole, bisogna guardare anzitutto al diritto vigente, quale risulta dalle prassi, dagli statuti, dalle consuetudini.

Uno dei caratteri tipici della *civil law,* a differenza della *common law,* è costituito dall'esistenza, accanto a quegli elementi del diritto vigente, di una specie di diritto dei *savants,* ispirato talvolta al diritto romano (come ragione o diritto *par excellence*), talvolta alla ragione, alla logica o al diritto naturale. Questo diritto dei *savants* ha avuto ed ha la tendenza, piuttosto eccessiva, a razionalizzare i dati dell'esperienza ad esso contemporanea ed a rivestirli di concetti, di nomi ed anche di propri ideali; cose tutte assai spesso estranee al diritto vigente (16).

---

(13) Cfr. *infra* § 26 nota 8 per una portata in certo senso analoga dell'*indebitatus assumpsit* nella *common law* (s'intende, fatte le debite differenze e *mutatis mutandis*).

(14) Questo punto è stato dimostrato dall'ASTUTI, nei suoi succitati lavori: *Pactum geminatum* e « *Il costituto di debito* » (v. sopra § 3 nota 1).

Lo stesso VOET, *Comm. ad Pandectas,* ad Lib. II, Tit. XIV, *De Pactis,* n. 2, riferendosi al diritto romano e, in certo senso, anche al sistema che precedette il preteso trionfo del principio del nudo consenso, ne dice che dalla *geminatio* « *nulla vis fit* », se essa non è disposta dalla legge; nè dal giuramento che è implicito in ogni patto.

(15) Cfr. fra gli altri in questo senso, BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé,* cit., p. 433 note 2 e 3; POLLOCK e MAITLAND, *Op. cit.,* p. 196, PLUCKNETT, *A concise history of the common law,* London, 4ª ediz., 1948, p. 608.

(16) Si vedano, per citare uno dei mille esempi, gli sforzi di Voet e Richeri a proposito della donazione obbligatoria (sopra nota 6) e le proclamazioni loro e dei giusnaturalisti circa il valore del nudo consenso, tutti tra-

Di qui, anche, una certa tendenza di quei *savants* alle eccessive generalizzazioni. Tutto ciò ha tutt'altro che giovato al retto intendimento del diritto vigente nelle varie epoche. Quelle soprastrutture di concetti e di nomi, quegli sforzi costruttivi, o di razionalizzazione e generalizzazione, mascherano spesso gli occhi dello storico, e anche a quelli dello studioso del nostro diritto attuale, la realtà del diritto effettivamente in vigore. Così, poichè questa tendenza si è perpetuata, specie da noi, lo storico futuro del nostro diritto attuale si troverà in analoghi imbarazzi.

d) I giusnaturalisti: Grozio e la «cause raisonnable».

Le osservazioni testè fatte valgono in particolare pei giusnaturalisti dei secoli XVII e XVIII, e per Domat e Pothier ed altri, in quanto ne furono influenzati. Il retorico giusnaturalismo è dilagante in quest'epoca anche presso scrittori di diritto positivo.

Ma alle loro retoriche generalizzazioni sul valore del nudo consenso non conviene far molto credito.

Una particolare attenzione merita Grozio, per la fama di cui godette e per la grande influenza che esercitò sugli autori posteriori, in particolare su Domat e Pothier, e, attraverso questi, sui redattori del *code Napoléon,* nelle loro proclamazioni circa il valore del nudo consenso.

Ora, Grozio cerca di distinguere, se non sempre chiaramente, il diritto naturale dal diritto positivo olandese (17), mostrando in tal

---

scurando o appena menzionando i requisiti di forma imposti per molti contratti dal diritto contemporaneo, quasi questo fosse cosa trascurabile.

(17) Grozio, *The jurisprudence* (teoria generale del diritto) *of Holland,* traduz. di Lee, vol. I (testo e traduzione), Oxford, 1926, Libro III (*of personal rights*), cap. I, n. 21. Ivi Grozio ne dice che, a differenza del diritto naturale, il diritto positivo, *sulla base dell'esperienza,* ha introdotto varie nuove obbligazioni; inoltre, al fine di porre *un freno all'imprudenza degli uomini* nel contrarre obbligazioni, lo stesso diritto positivo ha reso non azionabili certe obbligazioni e altre ha dichiarato del tutto nulle, privando così gli uomini

modo di ritenere che il puro principio giusnaturalistico del nudo consenso non trova piena applicazione nel diritto positivo. Ma egli è un autore assai oscuro e intricato; sicchè, attraverso i suoi tentativi concettualistici e classificatori, è assai difficile vedere quale fosse lo stato reale del diritto olandese alla sua epoca (non molto diverso dagli altri diritti positivi del continente).

Nella sua opera sulla teoria generale del diritto olandese, Grozio distingue e considera separatamente:

1°) La promessa unilaterale (accettata), verbale o scritta, che egli chiama « contratto espresso » e che corrisponde allo schema di una *stipulatio* non formale o di un patto non formale.

2°) Certi negozi tipici, o altri ad essi analoghi, ove, benchè sussista l'accordo o convenzione, gli effetti giuridici sembrano derivare più dalla legge (la quale collega certi effetti al tipo o vi implica certe obbligazioni) che dalla volontà delle parti (18). Tanto è vero che Grozio considera questi negozi assieme ai quasi-contratti « senza accordo », ove l'obbligazione ha la sua fonte in una causa che non è la volontà delle parti. Tutti questi contratti (con o senza accordo) egli li chiama « *contracts by implication of law or by operation of law* (traduz. Lee) » o « *obligations by force of law* » (traduz. Maasdorp). Sono, secondo la sua stessa menzione, i contratti consensuali e reali romani, più l'assicurazione, l'enfiteusi, la permuta, il cambio della moneta (cambiale), il matrimonio, il contratto feudale.

Ora, rispetto alla prima categoria di contratti, o contratti (unilaterali) espressi, Grozio, dopo aver accennato ai requisiti formali (della *stipulatio*) e alle « sottigliezze » del sistema contrattuale romano, aggiunge (ritraduco dal Lee):

---

del potere di contrarle. Sembra qui chiaro l'accenno ai requisiti della causa e della forma posti dal diritto positivo.

Di questa opera di Grozio (che è stata tradotta anche dal Maasdorp) citeremo qui di seguito il libro III nei cap. I a VI, che contengono la parte generale dei contratti, mentre i cap. VII segg. trattano dei contratti speciali.

(18) Sembra quasi un accenno alle moderne teorie sul cosidetto intento giuridico (v. sopra § 1 nota in appendice), teoria che tuttavia Grozio sapientemente limita ai contratti tipici.

Siccome i Germani, già *ab antiquo,* stimavano la buona fede al di sopra di ogni altra virtù, tali sottigliezze non sono state da loro accettate; ma è stato da loro ritenuto e praticato che tutti i contratti che si fondano su una *causa ragionevole* (*redelicke oorzaeck*) dànno un diritto d'azione e di eccezione, quali che siano la forma e le parole usate, e anche se le parti non sono presenti nello stesso luogo (*op et loc. cit.* n. 52).

E nel numero seguente Grozio continua: s'intende che esista una causa ragionevole tutte le volte che il contratto o la promessa ha luogo a titolo di donazione o costituisce un incidente (*pactum adiectum*) di qualche altro negozio, sia che il patto abbia luogo al tempo di questo o successivamente (*op. et loc. cit.,* n. 53).

Questa causa ragionevole, che costituisce un requisito per la validità dei « contratti o promesse espressi », non è richiesta da Grozio per la validità dei contratti della seconda categoria, cioè contratti tipici o « *obligations by operation or force of law* ». Per questi ultimi, secondo Grozio, come osserva il Lee (19), *in quanto recano in se stessi una « causa giuridica »* (*a cause known to the law; rechtelicke oorzaeck,* nella terminologia di Grozio), non occorre, salvo il caso di lesione, ricercare se sussista una causa ragionevole (Grozio, *op. cit.,* 3, 30, 14). Qui la causa ragionevole sembrerebbe concepita come una certa equivalenza delle prestazioni.

Il passo surriferito di Grozio circa la causa ragionevole, data la sua oscurità (e a parte l'errore storico sullo stato del primitivo diritto germanico), ha dato molto da fare ai commentatori. Sembra che esso debba intendersi nel senso che la causa di donazione e l'inserzione di un patto in un contratto (tipico) siano addotti da Grozio come casi, ma non i soli, di « *cause ragionevoli* », per eliminare ogni dubbio anche rispetto al diritto romano.

Cos'è dunque questa « causa ragionevole », che vedremo riapparire assai sovente nella storia della *civil law* (v. *infra* § 5 *sub b,* § 10

(19) Lee, *An Introduction to Roman-Dutch Law,* IV ediz., Oxford, 1946, p. 436 segg. Quella *rechtelicke oorzaeck* sembra arieggiare la cosidetta « *causa civilis* », cioè il *negotium* tipico dei romani.

segg. e § 14)? I commentatori più recenti di Grozio tendono a ridurla al mero requisito della volontà effettiva e deliberata di contrarre una obbligazione in senso giuridico (20), cioè al problema accennato sopra § 1 nota in appendice.

A me non pare che sia così. La causa ragionevole sembra piuttosto una limitazione al principio del nudo consenso (v. *infra* § 5 *sub d*, e §§ 10-11): e resterà tale, anche sotto l'aspetto di *cause suffisante* delle obbligazioni di dare, nelle leggi, nella giurisprudenza e nella dottrina successive (v. §§ 10-14).

---

(20) A questo il LEE ed altri autori sulla *Roman Dutch Law* riducono la *reasonable cause*. Secondo il LEE, *reasonable cause* significa: « una causa di natura tale da indurre un uomo ragionevole a fare la promessa, una causa che un altro uomo ragionevole, il giudice, considera *atta* a produrre un'obbligazione in *senso giuridico* (*legal obligation*). Ciò esclude le promesse che sono semplicemente sciocche e insensate (VOET, 2, 14, 16) e le promesse che costituiscono un peso pel promittente senza rappresentare alcun interesse pel promissario (VOET, 2, 14, 20). Praticamente si arriva allo stesso risultato, quando si dice che una promessa vincola, se essa è fatta *serio et deliberato animo* (VINNIUS, *ad Inst.* 3, 14, 2, sez. II; VOET, 2, 14, 9) ». Così il Lee.

Cfr. in questo senso anche altri autori citati nel mio articolo « *La causa nel pensiero dei giuristi di common law* » in *Riv. di dir. comm.*, 1951, riassunto *infra* § 37.

Ma il problema è quello di vedere se la promessa deve esser giudicata « sciocca e insensata » (*silly and foolish*) da un punto di vista *oggettivo*. Quanto al requisito dell'interesse del promissario, v. *infra* § 20, sub *b*, dove dimostreremo che trattasi di uno dei casi di *cause raisonnable* sotto l'aspetto di *cause juste*.

Il requisito della « *cause raisonnable* » che il LEE ed altri collegano alla causa dei canonisti, si ritrova anche in Domat, Voet, (v. *infra* § 5), ed altri, e anche presso i moderni civilisti: v. *infra* § 14.

E' un requisito tutt'altro che defunto anche oggi. Quanto alle obbligazioni di *dare*, esso si presenta come *cause suffisante*, la cui mancanza implica il concetto di donazione e il relativo requisito di forma (v. *infra* § 10-11). Quanto alle obbligazioni di fare e di prestare, esso si presenta come « *cause raisonnable* » ou « *plausible* », cioè come un insieme di elementi, tendenzialmente *oggettivi*, per stabilire la volontà di obbligarsi giuridicamente; e tende spesso a confondersi con la *cause juste*, cioè con una ragione *adeguata* per condannare il promittente (v. *infra* § 14 e il caso Fellman cr. Mathebs, nel vol. II, « Casistica »).

Già Grozio distingue e considera separatamente dalla causa ragionevole l'intento giuridico, cioè l'intento di conferire al promissario un diritto (21); e richiede la causa ragionevole non in sede di diritto naturale, *ove vale il principio che ogni promessa fatta con quell'intento obbliga,* (*op. et loc. cit.,* n. 8-20 del cap. I), ma in sede di diritto storico e positivo. Dunque la causa ragionevole non concerne l'esistenza dell'intento giuridico, chè altrimenti essa sarebbe richiesta anche pel diritto naturale.

In secondo luogo merita attenzione il fatto che Grozio non richiede la causa ragionevole pei contratti tipici, in quanto hanno una « causa giuridica » e devono a questa il loro riconoscimento giuridico: la causa ragionevole, per gli *altri contratti,* deve quindi essere qualcosa che surroga la « causa giuridica » e ne ha la funzione. Nè è da dimenticare che, a proposito di questi contratti tipici, la causa ragionevole (non necessaria, salvo il caso di lesione), sarebbe una certa equivalenza o proporzione fra le prestazioni.

Infine, per quanto Grozio non ne parli, conviene tener presente che alla sua epoca la donazione remuneratoria era esente da forma, soltanto quando vi fosse una certa proporzione fra il *quid donatum* e i servizi che si intendevano remunerare (22).

Resta, naturalmente, il fatto che Grozio considera come causa ragionevole anche lo spirito di liberalità sotto l'aspetto specifico (o tecnico) di donazione; sicchè questa causa, tanto vasta, potrebbe praticamente assorbire tutte le promesse di dare non aventi una causa tipica. Ma è da osservare che Grozio, come quasi tutti gli autori suc-

---

(21) Grozio, *op. cit.,* libro III, cap. I n. 10 e cap. II n. 46.

(22) Cfr. Lee, *The Jurisprudence of Holland by Grotius,* cit., vol. II, *Commentary,* Oxford, 1936, note al libro III cap. II, ove il Lee menziona la critica a Grozio di Schorer, secondo il quale, per una donazione remuneratoria di oltre 500 aurei occorre la insinuazione (e la forma), se vi è una *complete disproportion* fra i servizi resi il *quid* donato. Ma, osserva il Lee, ciò non si applica, se i servizi o benefici ricevuti non sono suscettibili di valutazione pecuniaria (come l'aver salvato la vita o l'onore), nel qual caso non occorre l'insinuazione (Voet, 39, 5, 17). Per quest'ultimo punto rinviamo al § 2 nota 22, al § 5 *sub d* specialmente nota 22, al § 10 e 11 nota 8.

cessivi, ha una tendenza a svalutare il requisito formale della donazione, che per lui, come per quegli autori, rappresenta un semplice nudo patto, rispetto al sistema romano dei patti (v. *infra* § 5). In realtà, la donazione non era un nudo patto, ma un patto formale o addirittura un contratto reale!

In fondo non sembra molto improbabile che il « contratto espresso » di Grozio, per cui occorre la causa ragionevole, s'identifichi con la promessa (e specialmente con la promessa di *dare* una somma o una cosa) non collegata ad una « causa » come contropartita, come causa tipica, con i relativi problemi della *cautio discreta e indiscreta* (v. *infra* § 22) e del valore in genere di una simile promessa. Tant'è vero che delle promesse collegate ad una causa, più o meno tipica, Grozio parla altrove, nel capitolo dei *contracts by operation or force of law* (*op. et loc. cit.* cap. VI).

E tanto è vero, ancora, che egli, a proposito di quei « contratti espressi », parla della *querella non numeratae pecuniae* (in realtà non più in vigore ai suoi tempi) e del valore specifico dei documenti contenenti simili promesse: promesse « espresse » e scritte (*op. et loc. cit.* cap. V).

Ma non è tutto qui. Rispetto ai contratti bilaterali, che non rientrino nei contratti tipici, Grozio accenna al principio che essi non si perfezionano se non con l'esecuzione di una delle prestazioni, altrimenti può revocarsi la promessa: « salvo il caso in cui *chiaramente risulti* che l'una parte ha contrattato con l'intento di conferire all'altra un diritto *fermo* anche prima che la cosa sia consegnata, nel qual caso il diritto del promissario sorgerebbe dalla particolare promessa *espressa* e non dalla *natura* del contratto » (*op. cit.,* cap. VI, n. 10). Dove sembra chiaro che la « natura del contratto » è il *negotium* tipico, la causa giuridica o *civilis;* e che in mancanza di questa o dell'esecuzione della prestazione, che è in un certo senso una causa (*op. et loc. cit.,* cap. I, n. 20), la promessa deve trattarsi come tutte le promesse « espresse »; deve cioè sussistere una causa ragionevole (controbbligazione corrispettiva sufficiente?), che dia al negozio una figura diversa dalla donazione (considerata da Grozio altrove, e per la

quale, benchè Grozio non ne faccia conto, occorre una certa forma).

Infine, non soltanto occorre la causa (*negotium*) tipica o la causa ragionevole, ma talvolta occorre anche la forma. Come s'è accennato, Grozio, e con lui altri autori, non ne tien conto come di un *vestimentum* del patto (perfino a proposito della cambiale!). Egli parla dei contratti (espressi) scritti, per atto notarile e per semplice atto scritto, in modo e con intenti puramente classificatori. Nè ci dice in quali casi (pure esistenti) occorre la forma scritta e specialmente quella notarile!

Per concludere su Grozio: pur attraverso i suoi tentativi concettualistici e classificatori, che mascherano la realtà del diritto positivo (come la mascherano gli autori concettualistici d'oggi: chi, fra qualche secolo, leggendo questi autori potrà rendersi conto del reale stato del nostro diritto?), Grozio, in sede di diritto olandese, non cede alla tentazione del diritto naturale e dell'ideale *solus consensus obligat.* La causa giuridica, o negozio tipico, la causa ragionevole (sufficiente?), e la forma, per quanto egli non la menzioni sotto quest'aspetto, sono i *vestimenta* di un sistema di patti che non corrisponde allo schema del nudo consenso. E questi *vestimenta* noi vedremo, in fondo, persistere anche nella successiva storia della *civil law* fino ai nostri giorni.

Ma, mentre Grozio mantiene la distinzione fra diritto naturale e diritto positivo, questa distinzione si annebbia e scompare negli autori di diritto positivo che lo seguono. De Luca, Domat, Voet, Richeri, Pothier (23) ed altri anche nel secolo XIX e XX sono pieni di

(23) Voet, *Comm. ad Pandectas,* Libro II, tit. XIV, *De Pactis,* n. 9 « *Hodie* (in contrasto alle distinzioni romane, di cui egli parla nei nn. 2 e 8) *ex nudo pacto nascitur actio* ». Secondo il *fori usum,* egli continua, è oggi *receptum* che « *ex pactis nudis, serio et deliberato animo interpositis, aeque ac ex contractibus, actionem nasci* ». E cita in proposito gli autori fra cui Grozio (che, come s'è visto, in sede di diritto positivo parlava ben altrimenti!) e Vinnio, il quale nega che il merito del trionfo del principio del nudo patto spetti al diritto canonico, in quanto questo non avrebbe detto nulla più del diritto civile sulla gravità del *fidem falli.* E non è dubbio, continua Voet, che oggi sono validi i patti: di fideiussione futura, di pegno futuro, di promessa di mutuo, di promessa di comodato « *et quae huius generis sunt plura alia* ».

Il De Luca, *Theatrum veritatis et justitiae,* Napoli, 1758, *de credito disc.*

proclamazioni o generalizzazioni sul valore del nudo consenso. Questi autori incominciano le loro opere sui contratti con simili proclamazioni, richiamandosi spesso alla ragione o al diritto naturale. Ma poi, se ci si addentra a leggerli, si vede che essi, trattando singoli contratti o singole questioni, pongono gravi limitazioni a quel principio; e così in materia di donazioni, semplici e *cum onere,* di promesse per una *causa praeterita* e di altri contratti formali (24), senza trascurare il requisito della *cause raisonnable* anche per le obbligazioni a titolo gratuito di fare o prestare. Avremo occasione di dimostrarlo in tutto il nostro corso (v. *infra* § 5 e § 10 segg.). Sicchè quelle proclamazioni sul valore del nudo consenso sembrano del tutto retoriche.

L'amore pel diritto naturale e per le generalizzazioni (trascurando i non piccoli « particolari »!), il poco conto in cui alcuni autori

---

74, ne scrive: « *Etiam ex pacto nudo competit actio inter negotiatores, inter quos non attenduntur juris apices - quoniam inter eos proceditur ex bono et aequo. Et demum jure novo cessat difficultas, attenta aequitate canonica per quam etiam ex pacto nudo actio competit* ».

V. gli altri autori (Stracca, Ansaldo, Claro) citati da PERTILE, *op. cit.,* p. 451, il quale si richiama anche al *pactum geminatum,* sulla cui portata v. nota 14. V. anche la critica di CHENON, *op cit.,* I, n. 382 p. 204-208 alle generalizzazioni sul valore del nudo consenso, di Pierre de Fontaines (1254) e di Beaumanoir (1283).

Quanto al Richeri, egli sembra ripetere, quasi pedissequamente, il Voet. Cfr. RICHERI, *Universa civ. et crim. jurisprudentia* cit. tomo IX, libro III, tit. IV, *De Pactis.* Dopo avere ai §§ 719 segg., sulle orme del Voet, esposto le sottigliezze del diritto romano sui patti (sembra che tutti questi autori si preoccupino solo di reagire al diritto romano! v. infra nota 26), il Richeri continua al § 727: « *Caeterum usu fori ubique recepto, nulla amplius distinctio fit inter nuda pacta et non nuda; sed omnia actionem pariunt, dummodo solemnitates, puta scripturae, notarii et testium interventus, jure municipali praescriptae, fuerint observatae; atque serio et deliberatio animo inita sint* ». E qui cita il passo surriferito di Voet, nonchè la ragione naturale del pretore romano di cui al Digesto *De Pactis,* I pr.!! Così egli ritiene valida la promessa di vendita (§ 776); e ai § 826 e 1216 sembra accennare, abbastanza ambiguamente, alla validità del pactum de *mutuo dando* e di dare a comodato. Quanto a Domat e Pothier v. infra § 5.

(24) V. nota prec. e quanto si dirà al § 5 *sub c* e *d* anche quanto a Richeri e Voet.

tengono il diritto locale come cosa vile o come qualcosa di « provinciale » o municipale (25), la premura di proclamare che il sistema romano dei patti è completamente caduto come complicato e non « semplice » (26); tutto ciò sembra aver fatto dimenticare a quegli autori che il diritto moderno ha sostituito il sistema romano dei patti, o quello medievale dei patti nudi e dei patti vestiti, *con un altro sistema di patti.* In questo nuovo sistema, lentamente evolutosi e dai contorni spesso incerti, il patto deve esser *vestito,* almeno molto spesso e nei casi più importanti, con una certa forma o con una certa *cause suffisante, raisonnable* e/o *juste.* Inoltre questa causa influisce sulla misura della responsabilità e sulle regole di diritto da applicare. E questo nuovo sistema, come avremo occasione di vedere, è non meno dell'altro « *éloigné de la simplicité du droit naturel* » (Pothier), e dà luogo a non minori e forse più gravi incertezze nella sua applicazione pratica.

Per concludere: l'influenza del diritto naturale e delle connesse eccessive tendenze alle generalizzazioni e alle razionalizzazioni, nonchè delle tendenze a scambiare gli ideali con la realtà, ciò che si desidera con ciò che è, tendenze ancor oggi operanti nella *civil law,* questa influenza è stata veramente nefasta, sia per la interpretazione del diritto attuale che per il suo retto intendimento dal punto di vista storico (27). Le codificazioni segnarono il netto sopravvento della

---

(25) Cfr. a nota 23 la riserva che il Richeri fa quanto alle forme *jure municipali praescriptae,* riserva di non lieve momento, quando si tengano presenti la portata e l'estensione di quei requisiti formali di diritto municipale.

Quanto al Voet, v. ciò che egli dice a proposito del diritto locale circa la forma della donazione e della *traditio solemni more loci* anche per gli atti a titolo oneroso.

(26) Cfr. in questo senso specialmente il passo di Pothier, cit. al § 5 *sub b.*

(27) Per rendersi conto della vacuità di queste astrazioni o razionalizzazioni del giusnaturalismo e suoi prodotti, può esser interessante ricordare MERLIN, *Rép. univ. et raisonné de jurisprudence,* 5ª ediz., Parigi, 1830, vol. III, p. 771 segg., ove quest'autore, sulla base della ragione o dell'essenza del contratto (e del cod. nap.!) ritiene che elemento essenziale di ogni contratto è « *un dédommagement à celui qui céde. C'est la condition unique du dépouille-*

scuola e della teoria (intesa come opera di generalizzazione e razionalizzazione sotto pretesto di sistemazione) sulla prassi, la tradizione, l'esperienza. E ciò perchè i compilatori dei codici trovavano, senza fatica, nelle opere di quei teorici, quella sistemazione o razionalizzazione dei dati della quale avevano bisogno per un codice, e che rispondeva alla loro mentalità e alla mentalità generale del secolo XVIII. Purtroppo i suddetti teorici, per sistemare e razionalizzare, avevano lavorato su testi romani e sul diritto naturale, più che sulla prassi e l'esperienza (a differenza di quanto faranno i teorici della *common law*). Avremo occasione di dimostrarlo in tutto il nostro corso.

§ 5.

Il principio del nudo consenso in Domat e Pothier

a) Domat.

In un suo celebre quanto ambiguo passo, a proposito della causa come elemento del contratto, Domat, dopo aver parlato delle convenzioni di scambio in senso lato, ne scrive (*Lois civiles,* libro I, tit. I, sez. I, n. 5 a 9):

« *Dans ces trois premières sortes de conventions* (sono quelle di scambio in senso lato), *il se fait un commerce où rien n'est gra-*

---

ment. Ce dédommagement, que suppose la cession, est donc aussi essentiel au contrat: on l'esprime ordinairement par le mot prix ou cause ». E trova questo *prix* anche nel matrimonio, come reciproca cessione della persona... « *Un prix, une condition, une raison en vertu de laquelle cette chose passe d'un des contractants à l'autre* (code civ. art. 1108) ». Qui, sulla base della ragione o del diritto naturale sembra combattuto il principio del nudo consenso! Naturalmente, il Merlin non spiega sufficientemente la validità della donazione! Salvo vedere nel passo di Merlin la riproduzione (più o meno fedele) della diffidenza della *civil law* pei contratti gratuiti, cioè l'affermazione che in linea di principio, la promessa o cessione deve avere una contropartita *suffisante* o *juste*: *donnant donnant* (v. *infra,* § 13 *sub d* in fine).

tuit, et l'engagement de l'un est le fondement *de celui de l'autre. Et dans les conventions même où un seul paraît obligé, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devait* pour former la convention. *Ainsi l'obligation qui si* forme *dans ces sortes de convention au profit de l'un des contractants, a toujours sa cause de la parte de l'autre...*».

Qui Domat cita i testi romani sui contratti innominati, ove la controsprestazione (eseguita) dell'una parte era la «causa» o «*causa data*» dell'obbligazione dell'altra ed era, nello stesso tempo, un elemento della formazione del contratto, come nei contratti reali del nostro diritto medievale (v. sopra § 2, e § 3).

Dopo ciò, Domat continua:

«*Dans les donations et dans les* autres *contrats où l'un seul fait ou donne, l'*acceptation forme la convention; *et l'engagement de celui qui donne a son* fondement *sur quelque* motif raisonnable et juste *comme un service rendu ou quelque mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif* tient lieu de cause *de la part de celui qui reçoit et ne donne rien*».

Più avanti:

«*De ces différentes sortes de conventions, quelques-unes sont d'usage si fréquent et si commun partout, qu'elles ont un nom propre: comme la vente, le louage, le prêt, le dépôt, la société et autres; et il y en a qui n'ont pas de nom propre* (sono i contratti innnominati)

Mais toutes les conventions, soit qu'elles aient ou n'aient point de nom propre, ont toujours leur effet; et elles obligent à ce qui est convenu» (è il principio generico del puro consenso).

E poi si trova ancora questo passo:

«*Dans les conventions qui obligent à rendre ce qu'on a reçu, soit la même chose, comme dans le prêt à usage et dans le dépôt, soit une autre chose de la même nature, comme dans le prêt d'argent ou de denrées, l'obligation ne se forme que quand la délivrance accompagne le consentement. C'est pourquoi on dit que ces sortes d'obligations se contractent par la chose, quoique le consentement y soit nécessaire*».

E qui Domat cita i testi romani.

Ora, non è difficile vedere, in questi celebri passi di Domat, la confusione e le contraddizioni.

Anzitutto, v'è ancora un'eco del principio fondamentale che una controprestazione o il dare un diritto di credito (equivalente, questo, alla *res,* v. sopra § 4, *sub b*) costituisce un requisito per la *formazione* del contratto: v. sopra § 1, *sub b*; § 2 *sub b*; § 3 *sub a.* In conformità, Domat dice che la controprestazione o il controcredito è la causa (*nel senso proprio*) che forma la convenzione. Invece, negli *altri* contratti, ove manca quell'elemento della *res* o un suo equivalente, l'accettazione, cioè il puro consenso, *forma* la convenzione, con l'aggiunta di un *motif raisonnable et juste,* il quale «*tient lieu de cause*» (*dunque, esso non è la causa in senso proprio*).

Inoltre, pur dopo aver proclamato il valore del puro consenso, Domat accenna ancora alla consegna della cosa come requisito di certi contratti.

Ma sopratutto Domat sembra dimenticare che la donazione, ai suoi tempi, è ancora un contratto reale e formale; sembra dimenticare il problema della *donation avec charges* e della promessa per una *causa praeterita,* nelle quali, in mancanza di una *cause suffisante,* occorre l'atto notarile (v. *infra sub c* e *sub d*; v. anche § 10).

Infine Domat non ci dice in che consista il «*motif raisonnable et juste*», il quale *tient lieu de cause* per gli «altri» contratti, ove manca l'elemento della *res* o del controcredito. Egli parla del *seul plaisir de faire du bien;* ma, probabilmente, si riferisce con ciò alle donazioni, ove il requisito formale o l'elemento reale hanno ancora molta importanza, e non anche agli «*autres contrats*» (non di *dare*), ove mancano gli elementi della forma, della *res* o del controcredito. Che, se Domat avesse inteso dire semplicemente che la causa può essere onerosa o gratuita, egli avrebbe esaurito con ciò tutto il campo possibile del contrarre, e non avrebbe senso parlare ancora in un *motif raisonnable et juste!* Comunque, la concezione dello spirito di liberalità o di *bienfaisance,* quale «causa» che giustifica il riconoscimento giuridico di certi contratti a titolo gratuito, concezione che

non è propria del solo Domat, è probabilmente derivata da uno dei tanti equivoci determinati dall'ambiguo significato del termine « causa » nei testi romani, ove pure a proposito dello spirito di liberalità, si usa il termine « causa » nel senso di scopo o movente: v. D. 39, 5, 1 pr. (v. in proposito *infra* § 22 sulla varietà dei problemi contenuti nel polivalente termine « causa »).

Quanto a quegli « *altri* contratti », per esempio, Domat non ci dice a quali condizioni sarebbero valide una *promessa* di comodato e una *promessa* di mutuo senza interesse (*promesse,* cioè, senza la consegna della cosa). Occorre in questi casi un *motif raisonnable* che mostri, pel suo carattere *oggettivo* o secondo l'*apprezzamento* comune di ciò che è ragionevole, la volontà di obbligarsi giuridicamente? Occorre, inoltre, che questo *motif* sia *juste,* cioè che esso giustifichi, secondo il comune apprezzamento, la condanna del promittente? (v. su questi punti *infra* § 14) (1).

E poi, quegli « *autres contrats* », di cui parla Domat e in cui non vi sono gli elementi della forma, della *res* o del controcredito, non sono necessariamente dei contratti a titolo gratuito o non interessati: si considerino, per esempio, le promesse unilaterali di vendita e altre promesse « interessate » (v. *infra* § 16) (2).

---

(1) Come si può rilevare, nonostante un'opinione assai diffusa, Domat non è stato l'inventore della teoria della causa. Questa, nel senso di *causa data* (*res* o controcredito), si ritrova già presso gli autori precedenti; nel senso di *cause raisonnable,* essa si ritrova già in Grozio e anche prima. Si trattava di una concezione di dominio piuttosto comune all'epoca di Domat. Probabilmente il significato e la portata del « *motif raisonnable et juste* » di Domat vanno chiariti col riferimento a Grozio e agli sviluppi presso altri autori (v § prec. nota 20).

(2) Appena occorre accennare, infine, che in altri passi di Domat, come presso Pothier (*Traité des obligations,* n. 42), e altri autori anteriori e posteriori, si ritrova la confusione fra il problema della « causa » come *res,* controcredito o come « *cause raisonnable* », e il problema della causa come scopo, erroneo o non realizzato, del promittente (v. *infra* § 22).

b) Pothier.

Al principio del suo *Traité des obligations* (n. 3) Pothier scrive: « *Un contract est une espèce de convention. Pour savoir ce que c'est qu'un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est qu'une convention.*

Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes), *est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier: Duorum vel plurium in idem placitum consensus. L.* 1 § 1, *ff. de Pact. Domat* p. 1, l. 1, tit. I.

L'espèce de convention qui a pour objet de former quelques engagements est celle qu'on appelle Contrat.

Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes et sur la distinction des contrats et des simples pactes, n'étant pas fondés sur le droit naturel, *et étant très éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit* (3). *Ceux qui seront curieux des les connaître pourront consulter le titre de Pactis, dans notre ouvrage sur les Pandectes où ils sont détaillés.*

De là il suit que, dans notre droit, on ne doit point définir le contrat, comme le définissent les interprètes du droit romain, Conventio nomen habens à jure civili vel causam; mais qu'on le doit définir « une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

(3) A questo proposito convien anche ricordare un altro passo del *Traité des obligations* n. 15, ove Pothier pone la distinzione fra contratti formali e non formali « ceux qui par le droit civil sont assujettis à certaines règles ou à certaines *formes,* et ceux qui se règlent par le *droit naturel* ». Fra i primi, egli dice, rientrano *le contrat de mariage, la donation, le contrat de lettre de change, la constitution de rente.* Le altre convenzioni, egli aggiunge, *selon nos moeurs,* non sono soggette ad alcuna forma o regola *arbitraria.*

Dove è chiara la tendenza razionalistica a svalutare il diritto positivo e storico (la storia!) rispetto al diritto naturale, tendenza analoga a quella già rilevata per Richeri, Voet ed altri (v. sopra § 4 nota 23).

J'ai dit: promettent et s'engagent; car il n'y a que les promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager, et d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement, qui forment un contrat et une convention.

Il y a d'autres promesses que nous faisons de bonne foi, et avec la volonté actuelle des les accomplir, mais sans une intention d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement, ce qui arrive lorsque celui qui promet déclare, en même temps, qu'il n'entend pas néanmoins s'engager; ou bien lorsque cela résulte des circonstances ou des qualités de celui qui promet, et de celui à qui la promesse est faite. Par exemple, lorsqu'un père promet à son fils, qui étudie en droit, de lui donner de quoi faire, dans les vacances, un voyage de récréation, en cas qu'il emploie bien son temps, il est évident que le père, en faisant cette promesse, n'entend pas contracter envers son fils un engagement proprement dit.

Ces promesses produisent bien une obligation imparfaite des les accomplir, pourvu qu'il ne soit survenu aucune cause laquelle, si elle eût été prévue, eut empêché de faire la promesse; mais elles ne forment pas d'engagement, ni par conséquent de contrat ».

Da questo passo risulta che Pothier, seguendo Domat e le scuole di diritto naturale, proclama il principio « *solus consensus obligat* ».

La sola questione che resta è quella di sapere se il promittente ha avuto l'intenzione di obbligarsi giuridicamente: in realtà l'esempio dato da Pothier concerne una donazione, per la quale occorrerebbe la forma.

La definizione che Pothier dà del contratto è quella che troviamo nell'art. 1101 cod. Napoléon.

Al n. 42 del suo *Traité des obligations*, egli parla poi della causa e dice:

« *Tout engagement doit avoir une cause honnête. Dans les contrats intéressés, la cause de l'engagement que contracte l'une des parties est ce que l'autre partie lui donne ou s'engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge. Dans les contrats de bienfaisance, la*

libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle ».

Questo secondo passo, a parte l'allusione alla *cause honnête* e così (pare) al requisito oggettivo della liceità, non fa che ripetere, sotto altra veste, il principio del valore del nudo consenso.

Infatti, la causa dei *contrats intéressés* riproduce la causa, *nel senso proprio,* di Domat; ma vi manca l'eco di questa causa come elemento di formazione del contratto. Inoltre Pothier vi aggiunge il rischio, il che potrebbe comprendere anche le promesse interessate, ma senza controprestazione (promessa unilaterale di vendita, promessa a titolo di *réclame,* ecc., v. *infra* § 16), nelle quali la *chance* di poter concludere un affare o di dilatare i propri affari toglierebbe alla promessa senza controprestazione il carattere di promessa disinteressata (4). Così veramente la concezione di Pothier, a differenza di quella di Domat (v. sopra *sub a* in fine), comprenderebbe *tutte* le promesse interessate.

Quanto alle promesse disinteressate, Pothier non parla, come invece fa Domat, del *motif raisonnable et juste* o della *cause raisonnable,* e simili. Egli si limita a considerare l'*esprit de libéralité* come *cause suffisante.*

Ma, se così è, le sue due ormai amplissime e perfettamente comprensive categorie delle promesse interessate e di quelle disinteressate finiscono per annullare la « *cause* » come requisito *oggettivo* che si dovrebbe *aggiungere* al puro consenso, alla volontà di obbligarsi giuridicamente. Infatti lo spirito interessato e quello disinteressato comprendono ogni possibile promessa e non resta, come requisito, che il puro consenso (effettivo, di obbligarsi giuridicamente) (5).

---

(4) Cfr. in questo senso l'interessante articolo di H. NEWMANN, *The doctrine of cause or consideration in the civil law,* in *Canadian Bar Review,* Agosto-Settembre 1952, p. 673-674, il quale richiama in proposito la giurisprudenza del Basso Canadà (Quebec, paese di *civil law*) e la tesi di BILLETTE, *La cause des obligations et prestations.*

(5) E' poi curioso che Pothier, come altri, allorchè parla dei *contrats de bienfaisance,* li enumera tassativamente: *donation, prêt à usage, prêt de consommation, dépôt, mandat* (cfr. POTHIER, *Oeuvres,* Paris, 1861, Vol. V, Article prél. *Contrats de bienfaisance*).

Pothier non si limita, come Domat, alla proclamazione generica del principio del nudo consenso. Egli vi è coerente, non solo nella definizione e nel sostanziale annullamento della causa come requisito oggettivo, ma anche nelle pratiche applicazioni, in cui egli espressamente invoca il principio stesso. Così, in base ad esso, egli afferma la validità di una promessa unilaterale di vendita o di locazione, di una promessa di pegno, di comodato, di mutuo, di ricevere in deposito, di trasporto, ecc. (6).

Inoltre, nel suo *Traité des obligations* (n. 139-140), egli, pur senza notare di far applicazione di quel principio, offre esempi di promesse, non tipiche e perfino curiose. Così: la promessa di una certa somma « *si vous veniez étudier en droit à Orléans* ». E, ancora, il contratto per cui un nipote promette allo zio di pagargli 300 lire (bella somma in quell'epoca!), se (esso nipote) giocherà a carte. E, siccome il nipote giocò, un Tribunale francese lo condannò a pagare le 300 lire (di solito, è lo zio che promette una somma al nipote se questi non giocherà a carte o simili; v., ad esempio, nel Vol. II, « Casistica » il caso Hamer v. Sidway).

Tuttavia Pothier non ci dice se in quest'ultimo caso v'era almeno un atto scritto, sempre importante per quei tempi; e se il primo caso doveva essere considerato come una *donation avec charges,* col relativo requisito dell'atto notarile (quanto all'insinuazione, v. *infra sub c.*). Gli è che, a questo proposito, come vedremo, Pothier, seguendo la tradizione (v. sopra § 3 *sub a*), ammette che per la donazione obbligatoria di una somma di danaro non occorre la consegna benchè, in genere, la forma dell'atto notarile sia necessaria nei rapporti fra le parti. Così, anche sotto quest'ultimo aspetto (quello

(6) Cfr. il *Traité du contrat de nantissement,* n. 9; il *Traité du prêt à usage et du précaire,* n. 6, ove egli giustifica la validità della promessa di comodato col principio che « *dans notre droit français où toutes les conventions, même celles que le droit romain appelait nuda pacta, sont valables et produisent des obligations civiles* ». Cfr. anche il *Traité du contrat de louage,* n. 390 (per la promessa unilaterale) e n. 395 (ove la promessa di trasporto a titolo gratuito è considerata come un mandato); nonchè il *Traité du contrat de vente,* n. 476.

della donazione, pura o *avec charges*) il principio del nudo consenso sarebbe salvo, almeno fra le parti.

Pothier dunque è perfettamente coerente!

c) *Continua, Pothier: i contratti formali, la donazione.*

Ma sarebbe una conclusione affrettata quella di ritenere che nel sistema di Pothier, venendo alle concrete applicazioni, il principio del puro consenso è effettivamente applicato.

Bisogna tener conto in proposito dei contratti pei quali il diritto positivo richiedeva una certa forma: requisito formale che rappresentava senza dubbio un *vestimentum,* ma che Pothier tratta con una certa *nonchalance* a esclusivo beneficio e comodo del *droit naturel* (v. sopra nota 3).

Di altre limitazioni al principio del nudo consenso, pur sussistenti praticamente all'epoca di Pothier, avremo occasione di parlare a proposito delle codificazioni (v. § 14).

Ma sopratutto non conviene dimenticare, anche se Pothier lo dimentica allorchè proclama il diritto naturale, quanto egli dice altrove a proposito delle donazioni, della *donation avec charges,* e di quella per una *causa praeterita* (servizi resi, obbligazione naturale).

Infatti, passando al suo *Traité des donations,* si vede come alla sua epoca la donazione obbligatoria non sia valida, richiedendosi all'uopo dalle varie *coutumes,* che Pothier commenta, la consegna della cosa. Fa eccezione soltanto la promessa di dare una somma di danaro (7), in quanto, seguendo la cennata tradizione, la consegna della carta, da cui risultava il debito, sembrava equivalere al trasferi-

(7) *Traité des donations,* n. 77: «*Si la donation est d'une somme ou d'une rente, dont le donateur se constitue* (come?) *débiteur envers le donataire, une telle donation n'est susceptible d'aucune tradition, et l'obligation irrévocable de la payer, que le donateur contracte par la donation, suffit pour rendre l'obligation valable* ». Tuttavia queste donazioni erano soggette anch'esse al requisito dell'insinuazione e dell'atto notarile, salvo forse quelle al di sotto di *mille livres* (come donazioni mobiliari): v. *op. cit.* n. 96.

mento di un diritto o in quanto vi sembrava equivalente il costituirsi debitore, cioè il *dare* un diritto di credito (un'azione) per una somma certa e determinata (8).

Per gli altri beni, diversi dal danaro, Pothier non si discosta dalle varie *coutumes* e non confonde il requisito della consegna con quello della irrevocabilità o del *donner et retenir ne vaut* (9).

E' vero che, secondo alcune *coutumes* (Parigi e Orléans), basta la *tradition feinte.* Ma anche per questa la necessità della relativa clausola (*clause de constitution de précaire, clause de dessaisine-saisine devant notaire,* di ritenzione a titolo di usufrutto o ad altro titolo) (10), mostra che, almeno come formalità, il requisito della consegna, cioè l'*ammissione della sola donazione reale,* era ancora sentito. Di più, dice Pothier, quanto alla clausola di *dessaisine - saisine devant notaire* (dunque, occorreva almeno questa *cerimonia* della dichiarazione di spogliarsi del bene avanti al notaio!), occorre che poi il donatario non tolleri che il donante resti in possesso, altrimenti la clausola resterebbe senza effetto e la donazione sarebbe nulla (11).

Ma sopratutto, a parte queste *coutumes,* Pothier commenta le altre, in cui è richiesta una *tradition solennelle,* o, almeno, una *tradition réelle;* e critica i tentativi fatti da Dumoulins (per le donazioni condizionate), da Ricard e da altri, che volevano svalutare la portata della *tradition,* sia reale che finta (Pothier adduce la necessità delle suaccennate clausole) (12). E nel fare questa critica, cita il Lalande,

---

(8) V. il passo cit. a nota prec. e il n. 78 del *Traité des donations,* ove, criticando l'opinione di chi ritiene che anche secondo la *coutume* d'Orléans, il difetto di tradizione (nelle donazioni aventi ad oggetto beni diversi dal danaro) non può essere opposto dal donante, Pothier ne scrive: « *on dit qu'il (le donateur) est censé s'être dessaisi suffisamment par l'action qu'il donne contre lui en s'obligeant à livrer la chose, et que, de même qu'on dit en droit que is qui actionem habet ad rem jam ipsam rem habere videtur; de même on peut dire que celui qui donne une action contro lui pour le contraindre à se dessaisir de la chose, s'en est déjà comme dessaisi* ».

(9) *Traité des donations,* n. 64 e 78-79.

(10) *Traité des donations,* n. 67 a 74.

(11) *Op. cit.,* n. 74.

(12) V. quanto a questa opinione e alla relativa critica il passo citato sopra nota 8 e il *Traité des donations,* n. 75 e 77-78.

sull'art. 283 della *coutume* di Orléans, secondo il quale, in difetto della clausola di *dessaisine-saisine devant notaire,* il donatario non può agire contro il donante, perchè questi sia condannato «*à la délivrance de meubles ou immeubles par lui promis. Et ailleurs il dit* (continua Pothier) *que par notre coutume, conforme en cela à l'ancien droit romain, la simple Paction de donner n'est point obligatoire*» (13).

Con ciò è chiaro che la donazione obbligatoria, la *promessa* di dare un bene a titolo di donazione, non è giuridicamente riconosciuta, come invece dovrebbe essere in base al principio del puro consenso, altrove (nel *Traité des obligations*) proclamato retoricamente da Pothier. Soltanto la donazione reale è riconosciuta in linea di principio, sia pure con l'ammissione di clausole *solenni* che l'uso considera come equivalenti alla consegna.

Nè questo stato di cose si limita alle *coutumes* francesi: è diffuso quasi ovunque (14). E l'idea che la donazione obbligatoria (a parte il requisito della consegna o la clausola equipollente) non è ammessa è assai diffusa anche altrove e resta ancora abbastanza radicata sotto l'impero del *code Napoléon.*

Ciò, data l'importanza della donazione (v. *infra* §§ 9 e 13 *sub* c), rappresenta una limitazione di non poco momento al principio proclamato da Pothier che basta il nudo consenso e che *la libéralité est une cause suffisante de l'engagement qu'on contracte* (v. *Traité des obligations,* n. 42, sopra cit. *sub* b).

La confusione e l'equivoco ingenerati dai termini *contrat* e *con-*

---

(13) *Traité des donations,* n. 77.

(14) V. sopra § 4 nota 6, quanto agli sforzi di Richeri per liberarsi dal requisito della tradizione e ammettere la donazione obbligatoria ... sulla base di che? dei testi del diritto romano-giustinianeo! Il VOET, *Comm. ad Pandectas,* cit., 39.5 *de Don.* § 17, parlando dell'insinuazione, dice che per gli immobili occorre la *traditio solemni more loci* (per ogni atto, anche a titolo oneroso), anche se l'oggetto donato è di valore inferiore a 500; il che, egli aggiunge, equivale all'insinuazione. Quanto ai mobili, scrive sempre il Voet, non si può dubitare che la donazione è valida, se fatta avanti a notaio e a due testimoni, come se fosse stata insinuata, perchè v'è la pubblica fede. E cita altri autori anche per altri paesi diversi dall'Olanda.

vention, che nella *civil law* (sistemi latini) comprendono anche l'atto traslativo, ha giocato un tiro a Potier! Far credito al suo « *droit naturel* » sarebbe davvero azzardato!

E non è tutto qui. Non soltanto la donazione obbligatoria non è ammessa, non soltanto si richiede la consegna effettiva o una clausola, equivalente, di spoglio della cosa; ma si richiede, inoltre, la forma dell'atto notarile, contro il principio del puro consenso.

A questo proposito Pothier, forse trascinato dal suo *droit naturel* o dalla *ratio legis,* si abbandona a discussioni inutili, là dove egli sembra preferire che quella forma non sia richiesta a pena di nullità nei rapporti fra le parti, ma soltanto riguardo ai terzi (15).

La forma dell'atto notarile per le donazioni era (ed è) richiesta non soltanto in Francia, ma anche in quasi tutti i paesi di *civil*

---

(15) *Traité des donations,* n. 131-131. Ciò è fatto rilevare dall'annotatore del *Traités des donations,* (ediz. « POTHIER, *Oeuvres* », Paris, 1861, vol. 8 al n. 131), il quale fa presente che l'ordinanza Daguesson del 1731 sulle donazioni agli artt. 1 e 27 era chiara a proposito della portata del difetto di insinuazione e del difetto di forma. Soltanto la tradizione reale dei mobili, secondo un principio che verrà poi accolto dalla giurisprudenza francese e da alcuni codici moderni (v. *infra* § 38) poteva esimere dall'osservanza della forma notarile: e Pothier allude a questo caso (v. *op. cit.,* n. 131).

Il VIOLLET, *Histoire du droit civil français,* Paris, 1893, p. 902, osserva che l'ordinanza Daguesson del 1731 non ha « *très gravement innové, car plusicurs auteurs soutenaient déjà que toute donation devait être passée devant notaire* ». Tuttavia, egli aggiunge, questa regola non era unanimemente accolta. Il Parlamento di Tolosa (paese di *droit écrit,* o di diritto romano) protestò contro quella regola dell'ord. Daguesson, allegando che secondo il diritto romano la donazione fra vivi, equiparata (da Giustinianol) alla vendita, era valida sulla base del solo consenso, con o senza atto scritto (*scriptis aut sine scriptis*: Giustiniano, *Instit.* libro II, VII de donat. § 2). Aggiungeva il Parlamento di Tolosa che l'esigenza dello scritto fu soltanto una precauzione ai fini della prova e non per l'essenza del contratto; perciò non si possono dichiarare nulle le donazioni fatte « *sous signature privée sans s'éloigner absolument des principes du droit écrit* ». Dunque, anche a Tolosa occorreva, quanto meno, la forma dell'*acte sous seing privé!*

E' da notare, comunque, che Pothier, mentre discute la necessità della forma nei rapporti fra le parti, annovera poi la donazione fra i contratti formali accanto alle lettere di cambio (v. sopra nota 3)!

law sul continente europeo (16). Ora, come avremo occasione di vedere, il requisito della forma per le donazioni non si limita al caso del puro spirito di liberalità. La donazione è, come già era e come sarà, uno schema, un tipo, per di più formale, per rendere validi dei contratti, ove l'interesse (o causa) più o meno tipico del cosidetto « donante » non è quello di liberalità, pur senza rappresentare l'interesse ad una controprestazione (*charge,* onere) o una *causa praeterita.* Il che porta ad una ancor più intensa e vasta limitazione del principio del nudo consenso (v. *infra* § 9).

d) Continua: Pothier: la donation avec charge ou onéreuse e quella fatta per una causa praeterita: preannuncio della teoria sulla cause suffisante.

A proposito di questi atti Pothier, seguendo la costante tradizione prima di lui fino dalle ordinanze del 1539 e del 1566 (Ord. Dumoulins), si pone il problema di vedere se e quando occorra l'insinuazione sui pubblici registri, nonchè, aggiungiamo, la forma dell'atto notarile e la consegna della cosa (cioè, la non ammissione di una mera promessa).

---

(16) Le citazioni sarebbero inutili, tanto la cosa era di dominio comune. Basta ricordare che il VOET, *Comm. ad Pand.* cit. D. 39.5 de don. § 17 (da noi citato a nota 14) e al § 18, richiede l'insinuazione e la forma dell'atto notarile per gli immobili. Quanto ai mobili, egli considera come un'eccezione uno statuto locale che esenta certe persone dall'insinuazione, se v'è la scrittura privata o la presenza di testi, o la confessione.

E il RICHERI, *Universa Civ. et Crim. Jurisp.* cit., lib. II, tit. VI, cap. IV, sec. II (dopo aver esposto le complesse formalità dell'*insinuatio coram judice o coram provinciae praefecto* con rilascio, da parte dello stesso funzionario, delle *literae* sottoscritte dai testi, formalità necessarie anche fra le parti affinchè la donazione si possa dire *legitime celebrata;* v. *Op. e loc. cit.,* cap. V) dice, a proposito della donazione manuale di mobili, che, seguita la tradizione, è contrario alla buona fede l'*exigere solemnem scripturam* (*op. e loc. cit.* § 543).

Su tutta la questione dell'insinuazione e relative forme, v. l'articolo di REGNAULT, in *Mélanges Fournier,* Parigi, 1929, p. 665 segg.). Sull'insinuazione come forma giudiziale nel diritto comune v. anche WINDSCHEID, *Pandette,* § 367.

Se l'atto è da qualificarsi come donazione, occorre osservare quei requisiti.

Pothier, seguendo i suoi predecessori e richiamando le ordinanze del 1539 e del 1731, ne dice che le *donations onéreuses* sono soggette alla formalità dell'insinuazione, benchè, secondo alcuni, esse non siano « *proprement et parfaitement des donations, étant du caractère de la donation de n'avoir d'autre cause que celle d'exercer une libéralité* » (è il richiamo ad una larga corrente dottrinale che vi vedeva un contratto innominato: v. in proposito anche la tradizione del diritto romano e medievale sopra § 2 *sub b,* e *d;* e § 3 *sub a*) (17).

Tuttavia, continua Pothier (*op. cit.*, n. 89) « *cela doit s'entendre des donations, dont les charges ne sont pas appréciables à prix d'argent, telles que sont celles faites à la charge de services et fondations, que l' ordonnance de* 1731, *art.* 20, *déclare par cette raison être de vraies donations sujettes à l'insinuation. Quand même les charges seraient appréciables à prix d'argent, si le prix est de beaucoup inférieur à celui de la chose donnée, c'est encore en ce cas une donation* (18) *qui pourra être annullée faute d'insinuation* (aggiungiamo, in mancanza di consegna o clausola equipollente e di atto notarile), *réservant au donataire son action pour se faire payer, s'il a accompli ces charges* (19).

---

(17) Appunto per risolvere tale questione, dice Pothier (*Traité des donations,* n. 86), la « *déclaration rendue en interprétation de l'ordonnance de* 1539 » proclamò: « *Toutes les donations, encore bien qu'elles soient simples, ainsi rémunératoires ou autrement causées, sont sujettes à l'insinuation* ».

(18) Pothier non lo dice, ma è da ritenere che in questo caso era necessaria l'*intenzione* delle parti di fare una donazione o la qualifica dell'atto come tale; chè, se l'avevano qualificata come vendita (salvo il caso di simulazione), l'atto valeva senza bisogno di forma e si poteva ricorrere soltanto alle norme sulla lesione. In questo caso dunque è decisiva l'*intenzione* o consenso delle parti (v. *infra* § 10 *sub b.* I). Invece, se la *charge* non è *appréciable à prix d'argent,* l'atto non è « *vraie donation* » da un punto di vista *oggettivo,* indipendentemente dall'intento di scambio o dalla *causa,* principale o secondaria, delle parti (v. invece per la *civil law* moderna la corrente contraria menzionata al § 10).

(19) E ciò benchè Pothier, seguendo la tradizione, consideri l'atto come

Que si les charges, que le donateur a stipulé à son profit, sont charges appréciables et dont le prix égale à peu près l'héritage donné, ce n'est pas une donation, et par conséquent il n'est pas besoins d'insinuation. Cela a été jugé par arrêt du 3 *avril* 1716 *au sixième tome du Journal des Audiences* (*Civ.*, 6, *ch.* 22) *dans l'espèce d'une donation faite à la charge de nourrir le donateur, la valeur des choses données n'excedant pas le prix de cette charge* (20).

Fin qui per le donazioni aventi, per così dire, una causa *presente* o *futura* (una controprestazione convenuta come *charge,* subito eseguita o da eseguire).

Quanto alle donazioni per una *causa praeterita,* o donazioni *rémunératoires,* Pothier, sempre sulla scorta dei suoi predecessori e delle ordinanze, si pone analoga questione (*op. cit.* n. 86 a 88). Ragione del dubbio: il frammento del Digesto 39, 5, 1, per cui v'è donazione soltanto se il donante dà «*propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat*».

Sembrava, dice Pothier, a certi autori, che un sentimento «*de juste reconnaissance engage le donateur à faire*». Le ordinanze del 1539 e del 1731 hanno troncato la questione, considerando l'atto come donazione. Ma Pothier aggiunge: Se si tratta di servizi, effettivamente resi, ma *non appréciables à prix d'argent* e pei quali il donatario non avrebbe comunque azione per la ricompensa, v'è donazione, perchè il donante non ha alcuna obbligazione: *liberalitas nullo jure cogente facta.* Se i servizi resi sono *appréciables à prix d'argent,* ma di molto inferiori al valore del bene donato, v'è ancora donazione, nulla in difetto di insinuazione, salva al donatario l'azione per farseli pagare.

«*Que si le prix de ces services est égal à la valeur de la chose*

---

contratto misto, gratuito e oneroso (v. *Traité des obligations,* n. 12); ma se la *charge* non è *appréciable à prix d'argent,* l'atto non è neppure un contratto misto, ma sempre *une vraie donation.*

(20) Vedremo nel vol. II («Casistica») come questa sia oggi una delle questioni più discusse.

donnée, en ce cas cette donation rémunératoire n'en a que le nom, *et quoique le notaire l'ait qualifiée telle, elle n'est pas en effet une donation rémunératoire, mais une* dation en paiement, *une vente de la chose donnée pour la somme due à l'acquereur pour le prix de ses services, et par conséquent un tel acte n'est pas sujet à l'insinuation* (21).

Se ci siamo dilungati su questi passi di Pothier, si è perchè essi sono di fondamentale importanza, in quanto contengono nientemeno che il principio della *cause suffisante* presente o passata nelle obbligazioni di *dare* (e nelle alienazioni), una concezione che travaglierà tutta la *civil law* moderna: v. *infra* § 10 segg.

Appena occorre osservare che Pothier non fa che riprodurre lo stato della prassi e della dottrina dominanti alla sua epoca, e anche in epoca anteriore, sia in Francia che negli altri paesi di *civil law* (22).

---

(21) E' l'opinione tradizionale: v. sopra § 4 nota. 8. Essa si ricollega ai testi romani (v. § 2. nota 21 e 22 rispetto ai quali, tuttavia, la questione era discussa: v. le discussioni riprodotte in RICHERI, *Op. cit.*, § 348-350). Ma, mentre nel diritto romano e anche in quello medievale, non essendo ammesso il patto nudo, la questione si poneva in relazione ad altri problemi, diversi da quello della forma (esigendosi all'uopo *sempre* la *stipulatio* o il *transfert* formale, o nel diritto giustinianeo, almeno la insinuazione, anche se la *causa praeterita* era sufficiente: v. sopra § 2 *sub d*), all'epoca di Pothier, e successivamente fino ai nostri giorni, la questione si pone veramente in relazione ai requisiti formali della donazione, e così all'alternativa fra forma e *cause suffisante.*

(22) Cfr. ad es. VOET, *Comm. ad Pand., loc. cit. De donat.*, § 17: la causa per remunerare non deve essere *admodum inaequalis* (e qui il Voet cita altri autori).

RICHERI, *op. e loc. cit.*, § 535: non occorrono le forme della donazione, soltanto se il servizio reso o la *causa praeterita* « *ex communi hominum sensu recipiat aestimationem* » (è lo « *appréciable à prix d'argent* ») e se la *remuneratio longe non excedat* il valore del servizio stesso. A queste condizioni si ha piuttosto, dice Richeri, un contratto innominato, una permuta o anche il pagamento di un'obbligazione precedente (v. anche *Op. cit.* § 347-350). E' l'opinione tradizionale, seguita anche da Pothier: v. sopra § 4 nota 8. Tuttavia il Richeri non accentua qui, come neppur gli altri autori e i giuristi moderni (v. infra § 10), la considerazione che la *ratio* sta nella *cause insuffisante* rispet-

E appena occorre rilevare la differenza dai sistemi romano, medievale e di *common law* (v. sopra § 2 *sub b* e *d* e *infra* § 28 e 30).

Tutta la concezione basilare della donazione è investita da quel principio della *cause suffisante*. Mentre una corrente moderna arriverà a demolire praticamente questa costante tradizione, ammettendo che perfino un sentimento di *délicatesse* e qualunque *charge* (se essa è la causa *principale*, ...e anche se non lo è!) escludono il concetto di donazione coi relativi requisiti formali; un'altra corrente si atterrà ai criteri *oggettivi* risultanti dalla tradizione riprodotta in Pothier. Questa seconda corrente sosterrà, cioè, che, per escludere la donazione e la forma, *la charge* o la *causa praeterita* deve essere *appréciable à prix d'argent* e in un certo rapporto di proporzione col valore del bene alienato. (v. *infra* § 10 e segg. e la « Casistica » nel vol. II).

Ma, ed ecco il punto, accogliendosi il principio della *cause suffisante*, più o meno rigidamente inteso, *si viene ad intaccare un'altra volta il principio del nudo consenso* quanto alle obbligazioni di *dare* (e alle alienazioni).

Invero, si qualifica l'atto come donazione e *se ne richiede la forma*:

a) anche se l'intento delle parti nel caso concreto non sia stato quello di fare una donazione, ma soltanto di *scambiare* danaro o altri beni con una prestazione (*charge*) *non appréciable à prix d'argent;*

---

to alla funzione della forma (*protezione del donante*), funzione che pur il Richeri menziona al § 494. (v. anche sopra nota 21).

La distinzione fra servizi *appréciables* e non *appréciables* trova un addentellato nelle fonti romane o in un loro fraintendimento: v. D. 39, 5, 34 § 1 citato sopra al § 2 nota 22.

Quanto alle donazioni *sub modo* (*onus* o *charge*); il Richeri porta gli esempi « *ut alimenta ipsi donanti praestet, studiis vacat, matrimonium contrahat* ». (*Op. cit.* § 857). E dopo averle qualificate donazioni improprie e averle parificate ad un contratto innominato o *ob causam futuram* (§ 347, e 857), egli richiama, circa il problema se esse siano esenti dalle forme solenni, quanto ha detto al § 535 per la *causa praeterita* (e cioè l'atto è veramente un contratto non formale di scambio soltanto se l'onere « *ex communi hominum sensu recipiat aestimationem* » e se, in questo caso, le due prestazioni hanno valore pressochè uguale; v. *op. cit.*, § 902).

b) oppure, quanto alla *causa praeterita,* anche se, in concreto, l'intento delle parti sia stato quello esclusivo di ricompensare dei servizi resi o di adempiere ad un dovere morale; nonostante quest'intento, si qualifica l'atto come donazione, qualora i servizi o il dovere non sono *appréciables à prix d'argent,* o qualora la somma o il bene dati o promessi sono, secondo l'apprezzamento comune, di molto superiori al valore dei servizi o del dovere, cioè qualora questi sono, secondo il detto apprezzamento comune, una *cause insuffisante.*

In molti contratti *innominati* o *atipici di scambio* e nelle promesse per una *causa praeterita,* qualificando *oggettivamente* l'atto come donazione e richiedendone la forma, si fa praticamente della *cause* (oggettivamente) *suffisante* uno dei due *vestimenta* dell'obbligazione di *dare*; questi *vestimenta* sono o la forma o la *cause suffisante.* E ciò contro il principio del puro consenso, secondo il quale, quanto meno, se il consenso o volontà delle parti era *soggettivamente* nel senso di non fare una donazione, ma altro contratto, l'atto dovrebbe essere liberato dal requisito della forma.

Avremo occasione di ritornare su questo punto: v. *infra* § 10 segg.

Per ora basti notare che nè Pothier, nè gli altri autori che con lui proclamano il principio del puro consenso, si sono accorti della limitazione grave che vi apponevano, oltre che coi requisiti della donazione, coi loro criteri distintivi della donazione *avec charges* o con *causa praeterita* (v., del resto, per gli autori moderni anche *infra* § 10 segg.).

Quanto alle controprestazioni appréciables à prix d'argent, è ben vero che la qualifica di donazione e il requisito della forma si fanno dipendere (con Pothier ed altri) dall'elemento del consenso, cioè dall'intento delle parti di fare o meno una donazione. Ma non è men vero che la giurisprudenza è arrivata ad applicare il principio della *cause insuffisante* (e quindi ad annullare l'atto in mancanza della forma), anche quando l'intento delle parti era di fare uno scambio. Ciò, in particolare, nel caso tipico addotto anche da Pothier di alienazioni in corrispettivo di una rendita vitalizia o di un'obbligazione di alimenti (v. *infra* § 10 nota 3 e § 23 e il volume II « Casistica »).

Del resto, per questo stesso caso Pothier e quasi tutti gli autori con lui adottano altra volta il criterio oggettivo per escludere la donazione, quando valore della *charge* e valore dell'oggetto donato siano *à peu près égales*, benchè l'atto, nella qualifica datagli dalle parti e nell'intenzione di queste, fosse una donazione.

e) *I criteri d'interpretazione; rilevanza dei motivi o presupposti limitanti la responsabilità; graduazione di questa a seconda dei criteri oggettivi della causa onerosa o gratuita.*

A quest'epoca, e cioè nei secoli XVII-XVIII, troviamo *completamente sviluppato* un sistema opposto a quello tratteggiato sopra pel diritto medievale (v. § 3 *sub b*).

La ricerca dell'intento di obbligarsi giuridicamente è condotta indipendentemente dai criteri della forma e della *res*, cioè mediante una interpretazione libera, investigando sui motivi, le circostanze, ecc. del caso concreto. Il che è conforme al principio giusnaturalistico del puro consenso o della volontà come base dell'obbligazione.

In conformità, si deve tener conto altresì dei motivi e presupposti che limitano la volontà del contraente (pur proteggendosi, in vari modi, l'altra parte), anche se questi motivi o presupposti non risultano in modo chiaro o *standard* dalle dichiarazioni contrattuali. L'errore è riconosciuto come *vizio della volontà*, non soltanto in relazione al danno o alla lesione. E tutto questo in conformità a quanto si è detto sopra sul punto che volontà del caso concreto e sue limitazioni fanno tutt'uno (v. § 3 *sub b*). Si è già accennato anche ai rapporti che queste tendenze presentano col giusnaturalismo e con l'individualismo (v. sopra § 4, nota 9).

Inoltre a quest'epoca si riconoscono generalmente certi presupposti *normali* nella promessa a titolo gratuito, e ciò sia sotto l'aspetto soggettivo, sia, sopratutto, sotto quello oggettivo di un principio di giustizia (v. sopra § 3 *sub b; infra* § 15).

Si distingue, infine, fra contratti a titolo oneroso e a titolo gra-

tuito, o, meglio, fra promesse interessate e promesse disinteressate: per queste ultime la responsabilità del promittente è meno severa (v. sopra § 3 *sub b*).

Nei contratti a titolo gratuito le regole d'interpretazione e la rilevanza dei motivi sono trattate diversamente (v. sopra § 3 *sub b* e *infra* § 15).

In conclusione: nella *civil law* del secolo XVIII il sistema contrattuale del diritto medievale, almeno all'apparenza, è completamente sovvertito.

§ 6.

Il principio del nudo consenso all'epoca delle codificazioni e nella civil law moderna

Noi arriviamo così all'epoca delle codificazioni. Com'è noto, le opere di Domat e di Pothier sono state la base della redazione del codice Napoleonico.

Non si può negare che il principio del nudo consenso, il quale si proclamava in quelle opere e, dato lo spirito dell'epoca, era, per così dire, nell'aria, sia stato assunto come principio o, appunto, come « proclamazione » ispiratrice dei codici del secolo XIX. Questi codici dominarono anche nella prima parte del secolo XX, e, in pratica, dominano in molti paesi tutt'oggi.

Le definizioni in termini generici del contratto, che troviamo nei codici stessi, vogliono appunto avere quel significato e quella portata.

Ogni promessa (accettata e lecita), fatta con l'intenzione effettiva di impegnarsi giuridicamente, *serio et deliberato animo,* dà luogo ad un'obbligazione, ad un'azione o, per usare un terminte di *common law,* è *enforceable.*

Secondo Savigny (*Traité des obligations,* cit. § 77), il moderno patto nudo, la promessa (accettata) fatta *serio et deliberato animo,* non sarebbe altra cosa che la *stipulatio* romana, gradualmente trasfor-

mata, per la desuetudine in cui caddero le sue forme, in uno schema contrattuale con formale. Questo patto avrebbe la stessa portata e la stessa funzione della *stipulatio* romana: sarebbe, cioè, lo schema generale di una promessa accettata (convenzione), mediante il quale ci si potrebbe obbligare a fare qualunque cosa (lecita) per qualsiasi scopo (lecito). Il suo contenuto, purchè lecito, sarebbe irrilevante, appunto come nello schema del contratto formale (1); e non si richiederebbe, per la sanzione giuridica, nè una forma, nè la *res,* nè una controobbligazione o altro requisito oggettivo del genere. La sola *conventio, serio et deliberatio animo,* basterebbe.

E bisogna riconoscere che a questa concezione si ispirano i redattori dei codici, la giurisprudenza e la dottrina nel secolo XIX e anche, in gran parte, nel secolo XX.

NOTA ESPLICATIVA: *Sul negozio giuridico, sulla c.d. autonomia privata come potere della volontà di obbligarsi, e sulla libertà contrattuale.*

Per ben intendere la portata di questa concezione e le ragioni che l'ispirano, conviene fare un breve cenno al c.d. dogma dell'autonomia della volontà.

Quest'espressione, assai ambigua, è stata spesso assunta nel senso di *un potere o energia creatrice della volontà*: il potere, che avrebbe la volontà (del promittente), di *creare* l'obbligazione, il vincolo o rapporto giuridico. Il diritto non farebbe che realizzare questa volontà (2).

---

(1) Parliamo qui di irrilevanza soltanto ai fini della sanzione giuridica (*enforceability*), della promessa; non consideriamo, cioè, il diverso problema concernente la sorte della promessa o dell'atto di disposizione in genere, quando il motivo o scopo del promittente o disponente sia erroneo, non si realizzi o non si possa realizzare (v. *infra* § 22).

(2) Quest'affermazione di un potere o energia *creatrice* della volontà risale al giusnaturalismo. GROZIO, *The Jurisprudence of Holland* cit., libro III, cap. I, n. 12, 21 e 25 ne dice (n. 12): la ragione del valore del contratto « consiste nella libertà che ha l'uomo di disporre dei suoi atti »; e, come il potere dell'uomo sulla sua proprietà lo abilita a alienarla, così « un uomo ha il *potere* di alienare ad altri, che accetti, una porzione o piuttosto una conseguenza della sua libertà ».

Quest'affermazione, con l'inerente assimilazione al potere di disporre della proprietà, è così diffusa (e anche oggi, presso molti autori), che neppure var-

Poste le cose in questi termini, era fatale che il principio del nudo consenso venisse proclamato come base del contratto, poichè ogni requisito di forma, di *res* o altro simile requisito oggettivo appariva come una offesa al potere dell'individuo di obbligarsi, sicchè si tendeva a limitare tali requisiti alla liceità e così, ancora, a proclamare il valore del nudo patto come generico schema contrattuale.

Ed era altrettanto fatale che, poste le cose in questi termini, sorgessero più tardi delle reazioni tendenti verso l'eccesso opposto (v. *infra* § 19 per la teoria della funzione economico-sociale del contratto e ivi la critica).

Ma basta riflettere un poco per accorgersi che in tal modo il problema è impostato in termini piuttosto ingenui.

Se il promittente vuol obbligarsi e vuole che la sua volontà si realizzi, non ha che a mantenere la promessa, anche se questa non ottempera ai

---

rebbe la pena di far citazioni. Soltanto per rinfrescarci la memoria richiamiamo:

DEMOGUE, *Traité des obligations,* Paris, 1923, I, n. 15 che, a proposito dell'obbligazione contrattuale, parla di una « *énergie créatrice de la volonté* », cui la legge apporrebbe delle limitazioni.

PLANIOL, *Traité élém. de droit civil,* 13ª ediz., II, n. 303 « *En déniant à la volonté le pouvoir de s'obbliger sans cause, le code etc.* »

FULLER, *Consideration and Form,* in *Columbia Law Review,* 1941, vol. 41, p. 806-808 « *Among the basic conceptions of contract law the most pervasive and indispensabile is the principle of private autonomy. This principle simply means that the law views private individuals as possessing power to effect, within certain limits, changes in their legal relations. The man who conveys property to another is exercising this power, so is the man who enters a contract, etc.* » ... E in nota: « *The problem generally discussed in this country* (gli Stati Uniti) *under the heading « freedom of contract » is the problem of the limits of private autonomy* ». (v. altri autori cit. da Fuller).

Cfr. anche nella *Revue Internationale de droit Comparé,* Luglio-Settembre 1952, p. 570-571 l'art. di SUPERVIELLE: « *D'accord avec la doctrine et la tradition classiques, l'obligation contractuelle reçoit la sanction du droit en hommage au respect dû à la libre volonté de celui qui veut s'obliger... Je pense, donc j'existe, a dit Descartes. Je veux, donc je m'oblige, a dit Saleilles* ». Non si manca di citare Kant e Kelsen (anche questi non del tutto libero dall'equivoco). Cfr. anche la serie di articoli pubblicati negli *Archives de Philosophie du droit,* 1940, 1-4, ivi compreso uno del Kelsen.

Vero si è che alcuni di questi autori, più avveduti, rettificano praticamente la concezione, quando passano a domandarsi perchè il promittente non può più cambiare la sua volontà. Ma ciò non toglie che sussista l'equivoco di un potere della volontà (del promittente) di obbligarsi.

cennati requisiti di forma, *res* o simili. Questi requisiti costituiscono, se mai, una limitazione all'aspettativa o anche al potere del creditore (in *fieri*), di colui che vuol diventare creditore o parte attiva del rapporto; e intaccano l'affidamento che egli ha fatto sulla promessa (ciò è da dire anche per le limitazioni del potere di imporre liberamente certe clausole, ecc.). In relazione al problema che ci interessa, non si tratta di realizzare il potere della volontà del promittente, ma di dare o meno un'azione al promissario. Nel condannare il promittente, che ha mutato volere, la legge va *contro* la sua volontà o il suo interesse.

Nella concezione suaccennata è chiaro l'equivoco fra l'avere la volontà del promittente *creata* la situazione, cui la legge collega, per altre ragioni, la nascita del vincolo (pel futuro), e l'avere la volontà creato il vincolo. In realtà non si tratta di *crearlo,* ma di essere tenuti a osservarlo per averlo *voluto,* creando quella situazione rispetto ad altri. Non al *volere* è collegato dalla legge il vincolo, ma al *voluto,* e non a questo soltanto, ma ad una ben più complessa situazione, ivi compreso quell'affidamento del promissario che, secondo i vari sistemi giuridici e lo spirito o *ethos* che li anima, può essere la mera accettazione, o anche qualcosa di più, ad esempio la *consideration* (v. *infra* §§ 17, 26, 27 e 29).

Di pari passo con l'ambiguo concetto dell'autonomia privata, veniva, a consolidare l'equivoco, quello di negozio giuridico come dichiarazione di volontà *diretta* a produrre effetti giuridici, che la legge poi realizzerebbe.

Ancor più grave è l'equivoco, di cui è pregna l'espressione « libertà contrattuale », rispetto a quel potere (della volontà) di obbligarsi. In realtà le limitazioni a quella libertà (ivi compresa la forma e la *cause suffisante*) concernono il creditore *in fieri* e non il potere del promittente di creare un contratto, cioè di obbligarsi. La legge non impedisce al promittente di rispettare ed eseguire spontaneamente la promessa e le sue particolari clausole. Ciò che la legge, nel limitare la « libertà contrattuale », in certi casi impedisce o non ammette, è il potere del creditore *in fieri* di porre il contratto senza forma o di porre tali clausole e di pretenderne l'esecuzione.

La lotta per la « libertà contrattuale » in questo senso, come la storia insegna, è sempre stata sostenuta dalle classi dei creditori o candidati creditori e non da quelle dei debitori o candidati debitori!

Forma e *cause suffisante* sono, pur esse, dei requisiti per rendere azionabile la promessa, oggi posti a tutela del promittente. Ma ancora in Demogue ed altri troviamo l'equivoco per cui forma e *cause suffisante* sem-

brano concepite come impedimenti al potere di obbligarsi dell'uomo civile, impedimenti di cui converrebbe sbarazzarsi nel nome dei più alti principi di civiltà e libertà (v. *infra* § 9 nota 10).

Quell'equivoco sul potere della volontà e sull'autonomia è stato determinato da varie ragioni.

Anzitutto, dall'eccessiva generalizzazione del concetto di negozio giuridico (*acte juridique*), comprendendovi i casi del testamento, dell'adozione, ecc., ove, almeno più che nelle promesse, la legge sembra *riconoscere* o realizzare l'effetto voluto e così un *potere* di volerlo.

In secondo luogo, opera nell'equivoco la considerazione, più o meno cosciente, che colui, il quale si obbliga o dispone, intende questo suo atto come un mezzo ad un fine o scopo (controprestazione, spirito di liberalità da soddisfare, scopo o « causa » di una donazione, ecc.). Ed allora, e sempre nel presupposto che la sua volontà non muti, egli vuole che questo mezzo sia efficace, cioè sanzionato dal diritto, che è la massima efficacia perchè il mezzo possa servire alla realizzazione di quello scopo. Ma questo è problema diverso dal presente nostro, che è quello di vedere se e a quali condizioni la legge concede un'azione (*enforcement*) per una promessa, quando il promittente abbia mutato la sua volontà, cioè più non voglia quel fine e quindi neppure il mezzo. Tuttavia, il fatto che in uno stesso contratto (sinallagmatico) il promittente assume anche la posizione attiva ha contribuito a facilitare l'equivoco.

In terzo luogo, ha contribuito all'equivoco l'ambigua concezione di una *fusione* di volontà nel contratto, di una volontà fusa (o confusa) in una volontà costituente la legge del contratto (così *creata* anche dal promittente) (3).

---

(3) Queste ragioni di equivoco hanno influito anche sul nostro codice civile, più che mai permeato in questa materia da simili voli dottrinali. Infatti l'art. 1322, a proposito della « autonomia contrattuale », ne dice: « Le parti *possono* liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti *possono* anche concludere contratti che non appartengano a tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ».

Dove si mettono in un solo pentolone l'obbligo del promittente e l'aspettativa del promissario, la posizione passiva e quella attiva; e il contratto vi appare come un organismo creato dal *potere* della volontà di entrambe le parti, per cui si dice che le parti *possono* o hanno la *facoltà* di creare contratti,

In tal modo i concetti di autonomia, di potere della volontà, di riconoscimento giuridico del contratto o degli effetti voluti dalle parti, di negozio giuridico, come esercizio di quel potere della volontà, di libertà contrattuale, ecc., tutti questi concetti sono venuti a stendere una cortina fumogena sul nostro problema del valore del nudo consenso e su altri problemi.

Non sarà mai abbastanza messo in rilievo l'effetto nefasto che sul nostro problema hanno avuto questi equivoci circa il « potere della volontà », equivoci originati in fondo da un certo vacuo e retorico giusnaturalismo.

Ma ritorniamo alla portata del sopraccennato principio del nudo consenso nei codici e nei sistemi di *civil law* durante i secoli XIX-XX.

Questo principio è stato completamente accolto e applicato? oppure vi sono delle limitazioni molto importanti?

Quel « patto » è veramente uno schema generico, uno stampo analogo nella sua portata a quello formale? oppure il suo contenuto è rilevante per determinare certe regole concernenti la forma, la causa sufficiente, la misura della responsabilità, l'interpretazione, ecc.?

Infatti, se si trattasse veramente di un patto nudo, equivalente alla *stipulatio* nel senso chiarito da Savigny, si dovrebbe dare risposta affermativa al primo ordine di problemi, e negativa al secondo.

A mio avviso la risposta è ben altra. Le limitazioni al principio del nudo consenso, anche tenendo conto della giurisprudenza più liberale di certi paesi, come la Francia, sono talmente importanti, che, in luogo di quel principio, conviene parlare piuttosto di *un nuovo sistema di patti,* di cui alcuni sono più o meno nudi, ma altri e molti e i più importanti, sono assai « vestiti ». Specialmente nelle obbligazioni di dare (e nelle alienazioni) la tendenza, più o meno accentuata, è quella di imporre l'alternativa: o la forma e il tipo (della donazione), oppure una *cause suffisante.* Certo quest'ultimo *vestimentum* e altri, a differenza di quelli antichi, sono assai elastici, talvolta tenui o vaporosi, e questo fa sì che i contorni del nuovo

---

ecc. Vedremo come tutto ciò abbia influito anche sulla concezione della c. d. funzione economico-sociale del contratto (v. *infra* § 19).

Così il nostro codice, come altri, del resto, ha dimenticato il requisito della *cause suffisante* (v. *infra* § 13 *sub e*).

sistema siano spesso incerti e ondeggianti. Ma ciò non toglie che il *vestimentum* esista. Forse quell'elasticità e questa imprecisione di contorni sono state scambiate per « *libertà* » dei patti! Ma altri equivoci, quale la confusione fra obbligazioni di dare e di fare, hanno operato, come vedremo.

Quest'indagine sul nuovo sistema di patti, a quanto sembra, non è stata fatta in modo chiaro e sistematico. Noi ci accingiamo a farla non senza timore, consci di tutti i difetti che fatalmente presenta un primo tentativo in materia così delicata.

Dovremo tener conto anche della giurisprudenza o « casistica », poichè le proclamazioni retoriche dei codici e dei loro autori sul patto nudo hanno lasciato nell'ombra i patti vestiti.

Perciò, soltanto dopo aver percorso anche la « casistica », il lettore potrà porsi il problema se e fino a qual punto valga nella *civil law* dei secoli XIX-XX il principio del patto nudo.

§ 7
La distinzione fra le obbligazioni di dare e le altre obbligazioni

Prima di affrontare il problema delle limitazioni al principio del nudo consenso e della loro portata, conviene tener presente la distinzione fra le obbligazioni di dare e le altre obbligazioni: quelle di fare, di non fare e di prestare in senso lato, ivi compreso il prestare il godimento di una cosa, la promessa di mutuo, ecc. Per obbligazioni di *dare* e per « dare », intendiamo naturalmente non soltanto le obbligazioni e gli atti diretti al trasferimento della proprietà, ma anche quelli concernenti la costituzione di un diritto *reale* di godimento (servitù, usufrutto, ecc.). E' il concetto del « dare » in senso tecnico, proprio della *civil law*.

Per le obbligazioni di dare il principio consensuale subisce delle limitazioni assai più gravi che per le altre obbligazioni.

Basti tener presente che rispetto alle prime la *civil law* moderna pone l'alternativa: o una *cause* (presente, futura o *praeterita*) ***suffisante,*** cioè valutata secondo certi criteri *oggettivi* e tale da escludere l'idea della donazione; oppure la forma dell'atto notarile, o altra equipollente, secondo certi ordinamenti giuridici (v. *infra* § 10-13).

Una simile alternativa non è posta per le altre obbligazioni contrattuali (1); queste non richiedono la forma notarile, e se qualche forma talvolta è imposta per certi contratti, la regola non ha quel carattere generico, quella vasta portata che ha il suaccennato principio della *cause suffisante* nelle obbligazioni di dare. Del resto, della vastità di questa portata ci si potrà rendere conto leggendo i paragrafi che seguono.

Per le altre obbligazioni sussistono sì delle limitazioni al principio del nudo consenso, ma di ben altra portata e gravità; esse concernono piuttosto la *cause raisonnable,* come criterio oggettivo che rende plausibile la promessa e che talvolta e in certo senso giustifica la condanna del promittente (v. *infra* § 14 e 14 bis).

La dottrina, in quanto opera di sistemazione, ha piuttosto trascurato quella distinzione fondamentale fra le obbligazioni di dare e le altre obbligazioni.

E probabilmente all'averla dimenticata si deve ascrivere una parte della responsabilità per le retoriche proclamazioni del principio del nudo consenso o per la sua indebita estensione oltre i limiti del diritto positivo. Quella dimenticanza infatti ha condotto alla confusione fra *cause suffisante* (sufficiente a escludere la donazione e la forma) e *cause raisonnable* (nel senso suaccennato); di modo

(1) Il problema se sia ammissibile un *modus* o onere nel comodato si pone a fini diversi da quello della *cause suffisante* (§ 10), e cioè soltanto per vedere se siano applicabili le norme sulla responsabilità del comodante (§ 15-16) o altre norme concernenti il tipo di negozio: ad es., proroga legale delle locazioni: v. § 19 nota 11. Sulla questione del *modus* nel comodato v.: Tribunale Cremona, 12-6-1948, Rizzini c. Gasparetti, *Mon. Trib.,* 1948, 247; Pretura Milano, 11-5-1946, Cervi c. Foglia e Bersani, *Foro it.,* 1947, 1, 533, con nota di A. Tabet; Hoeniger, *Die Gemischte Verträge in ihrem Grund formen,* München und Leipzig, 1910, p. 36-37 e autori ivi.

che ad un certo momento si è arrivati, più o meno consciamente o chiaramente, a ritenere che basti una *cause raisonnable* o *plausible* di obbligarsi per escludere l'idea della donazione e il relativo requisito formale (v. *infra* § 9 nota 10). E siccome la *cause raisonnable* o *plausible* è una veste piuttosto tenue, che si trova assai facilmente, tanto che la si può confondere col requisito del *serio et deliberato animo* (v. sopra §§ 4, 5 e 6); siccome, ad ogni modo, non v'è in pratica donazione che non sia ispirata da un interesse del donante diverso dal puro e rarissimo spirito di liberalità, la conseguenza ne è stata la pratica distruzione del concetto di donazione!

Ma anche coloro che tenevano ferma la concezione tradizionale della donazione (v. § 5 *sub b*) e che di *fatto* applicavano i principi tradizionali tradotti nel concetto di *cause suffisante,* non hanno dato il dovuto rilievo alla portata che questa *cause* aveva sul principio del nudo consenso. Essi hanno *generalizzato* il valore che questo ha per le *altre* obbligazioni (ove il *vestimentum* è così tenue da sembrare insussistente), dimenticando così che le obbligazioni di dare occupano, nella pratica degli affari, un posto molto importante.

La distinzione fra le obbligazioni di dare e le altre, quanto alla *cause suffisante* e alla forma, non sussiste ancor oggi nella *common law,* ove, qualunque sia l'obbligazione (di dare, fare, prestare, ecc.), la forma è sempre necessaria, quando non sussista la *consideration.* Questa corrisponde in certo senso alla *res* o al controcredito (v. § 3 e 4) piuttosto che alla *cause suffisante;* ma si presenta talvolta sotto l'aspetto di *sufficient consideration* (v. *infra* § 30). La *consideration* con la sua *sufficiency* costituisce in tal modo un requisito di *tutte* le promesse non formali, e non soltanto di quelle di dare, come invece la *cause suffisante* della *civil law.*

La distinzione suddetta, in certo senso, non sussisteva nel diritto romano classico e in quello medievale, ove, in mancanza, rispettivamente, del tipo e della *res,* occorreva la forma anche per le altre obbligazioni non di *dare.* Forse questa tradizione ha contribuito alla cennata equivoca generalizzazione che ha obliterato la peculiare disciplina formale e « causale » delle obbligazioni di dare. La distin-

zione fra le obbligazioni di dare e le altre si profila, quando la donazione reale (e poi l'obbligazione di *dare* a titolo gratuito) acquista il carattere di un negozio tipico, giuridicamente riconosciuto in vista della sua « causa » (*causa liberalitatis*), cioè del suo contenuto. Chè allora, mentre le altre obbligazioni a titolo gratuito seguono o seguiranno un altro regime, per la donazione, in vista anche delle sue forme, quanto meno di pubblicità o insinuazione, sorge il problema di distinguerla dal contratto a titolo oneroso non soggetto a quelle forme. Problema che, da principio, quando la donazione è reale, si limita all'atto traslativo, ma che si estenderà poi anche alla donazione obbligatoria.

Che nel diritto giustinianeo, secondo la proclamazione di Giustiniano, la promessa di *dare* a titolo gratuito (se la donazione obbligatoria veramente sussisteva) sia esente da forma, almeno al di sotto di un certo valore, e che invece non sia riconosciuta la promessa non formale di un *facere* o altra prestazione a titolo gratuito, è cosa che può destare una certa sorpresa... se il diritto è logica e non invece storia!

Quando poi, come nel nostro diritto moderno, la posizione è rovesciata, non sono sempre plausibili, da un punto di vista pratico, le ragioni per cui una promessa di *dare* a titolo gratuito deve farsi per atto notarile, mentre ciò non è richiesto per analoga promessa di un *facere,* o di altra prestazione.

Se, da quel punto di vista pratico, ci si domanda perchè la promessa di « donare » 100.000 lire o una casetta di due stanze debba oggi farsi per atto notarile, perfino se la causa in realtà non è la liberalità, ma altra (benchè *insuffisante*), e perchè invece la promessa di un mutuo senza interesse di 100 milioni per 5 anni possa farsi anche verbalmente (a parte la questione della prova), forse la risposta non sarà facile. E non lo sarà specialmente quando si tenga presente che per quel mutuo si perdono in cinque anni, all'interesse normale, 25 milioni e si rischia anche di perdere il capitale in caso d'insolvibilità (1 bis). Se assurda sembra la posizione del diritto giu-

(1 bis) Analogo problema può porsi per la donazione reale (soggetta al

stinianeo, quest'assurdità è invertita nel diritto moderno. Sono gli scherzi della storia o, meglio, del fatto che il diritto non è logica, ma storia ed ha spesso in questa le sue ragioni.

La cennata distinzione fra le obbligazioni di dare e le altre (quanto alla forma e alla *cause suffisante*) è fondata probabilmente su una tradizione, perpetuatasi più o meno ragionevolmente nel diritto moderno, secondo la quale lo spogliarsi di un bene, specie se immobile, è considerato atto molto grave e tale da richiedere la forma a protezione del donante, della sua famiglia e dei terzi, mentre le altre prestazioni sono considerate di minor momento e più vili (2). E', questa, una mentalità che si riferisce ad una società e ad un'economia sorpassate.

Comunque, il cennato maggior rilievo delle obbligazioni di dare, con l'inerente alternativa della forma notarile o della *cause suffisante,* è lì fermo ancora nel nostro sistema. E bisogna tenerne conto. Certo, si può dire che, a parità di condizioni, donare un milione è più grave che prestarlo senza interesse. E si può aggiungere che, benchè donare 100.000 lire sia meno grave che prestare 100 milioni, il diritto, allorchè vuol fare distinzioni o categorie fra i vari negozi, deve procedere per tipi. Ma non è men vero che spesso le differenze pratiche non sussistono (3). Quanto all'intento di obbligarsi

---

requisito di forma per gli immobili e in Italia anche pei mobili, salvo i piccoli doni d'uso) e per il mutuo come contratto reale. Certo, nel mutuo, il mutuante deve ricevere la restituzione del *tantundem eiusdem generis;* ma rischia anche di perdere i 100 milioni in caso di insolvibilità, restandogli un'azione o diritto di credito di valore nullo!

Analoghe osservazioni si potrebbero fare per certe obbligazioni di fare o prestare, assai più gravi che la donazione di una casetta di due stanze.

(2) La cennata considerazione della gravità dell'atto ha indotto a imporre la forma notarile anche per la donazione reale o immediatamente traslativa, almeno quanto ai diritti reali immobiliari (ma in Italia anche pei mobili, salvo per le piccole donazioni manuali d'uso). Sicchè anche per la donazione traslativa sorge il problema della *cause suffisante*: v. *infra* § 38.

(3) Forse è anche per questo carattere un po' arcaico della concezione della donazione che la giurisprudenza francese ha cercato, più o meno direttamente, di superarne i requisiti formali (v. *infra* § 9, 10 e 11 e vol. II « Ca-

giuridicamente, esso è più incerto nelle promesse di fare o prestare a titolo gratuito, che non nelle promesse di donare (v. *infra,* § 14).

La vecchia concezione del diritto romano e di quello medievale, seguita dalla conservatrice *common law,* la concezione, cioè, che non distingueva fra le varie obbligazioni a titolo gratuito (di dare e di fare), tutte sottoponendole al requisito formale, sembra sotto certi aspetti ringiovanita e più adatta ai bisogni moderni.

Le stranezze, testè rilevate circa il concetto tecnico di donazione e il diverso trattamento giuridico del *dare* (e relative obbligazioni) e del fare o prestare (e relative obbligazioni) stranezze dal punto di vista « logico », ma non da quello storico, sono state sentite dalla dottrina di *civil law.* Senonchè — un'altra volta! — questa dottrina si è lasciata andare alle solite costruzioni logiche o astratte e alle solite generalizzazioni; ed ha assai spesso confuso il concetto generico di « gratuità » e certe « *règles de fond* » concernenti la quota di legittima, la collazione, la misura delle responsabilità, la Pauliana ecc., con il concetto tecnico (storico) della donazione e l'inerente problema della *causa suffisante* in relazione alla forma. Non si è sentito che si stava toccando uno dei fondamenti del nostro sistema contrattuale (in ciò diverso da quello di *common law* e di altri diritti storici), in quanto questo nostro sistema è imperniato, per profonde ragioni storiche lentamente sviluppatesi, sulla preminenza o maggior dignità delle obbligazioni di *dare,* dignità che ha condotto a richiedere la forma solenne o la *cause suffisante* anche per l'atto di *transfert* a titolo gratuito (v. § 38).

Così, in quella dottrina, discutendosi genericamente (in vista di quali problemi giuridici?) se il comodato costituisca una liberalità o donazione, si è rilevato che il comodante *perde soltanto per un certo tempo* il possibile vantaggio economico dell'uso della cosa (e non avviene così anche nella costituzione di usufrutto?). Ma si è aggiunto che in certi casi la concessione gratuita dell'uso di una cosa può importare donazione.

E così, si dice, nel mutuo senza interesse il mutuante non perde il valore economico del capitale, che deve essergli restituito, ma perde, e soltanto temporaneamente, i possibili vantaggi di un impiego o uso della cosa in genere. Non c'è, si afferma, « liberalità » o donazione (in vista di

---

sistica »). O si sottopongono tutte le promesse gratuite, di una certa gravità alla forma, oppure le si liberano tutte da questo requisito.

quali problemi?), salvo che la somma fosse *normalmente* destinata a produrre un reddito al mutuante, come nel caso di una banca. Così anche pel comodato, specie di immobili (4). Però, « nel caso di chi presti del danaro ad un amico in misura limitata o per un tempo brevissimo, non sarà da

(4) SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale,* vol. IV § 145-146 (traduz. Scialoia, Torino, 1889). Per il comodato di immobili (a differenza di quello di un cavallo o di una carrozza, ove si avrebbe semplice prestazione di un comodo), il Savigny argomenta dal fatto *normale* che l'uomo ha bisogno di un'abitazione e se la deve procurare con sacrificio; d'altro lato, il proprietario può locare o abitare la sua casa: è raro che la lasci vuota. Per cui l'uso della casa si può ridurre ad una somma di danaro, al prezzo corrente, che sarebbe appunto l'oggetto della donazione nel comodato di immobili. Nella *maggior parte dei casi,* dice il Savigny, il proprietario della casa viene a perdere tanta pigione quanta ne risparmia l'altro. *A fortiori* pel comodato di fondi rustici, ove si avrebbe donazione dei frutti futuri, appunto pel fatto normale che tali fondi sogliono essere coltivati o locati, sicchè il non farlo sarebbe « cattiva amministrazione » (il che, notiamo, presuppone un'economia sociale ove la terra è scarsa!). Nel mutuo, invece, aggiunge quest'autore, si ha del danaro che vien frequentemente conservato presso il proprietario senza che dia frutti.

Nello stesso senso, Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici,* Milano, 1942, pag. 285 segg. Cfr. anche DERNBURG, *infra,* cit. a nota 7, il quale, pei suaccennati casi in cui vi sarebbe liberalità », estende la tesi assai più lontano di quanto facciano quegli autori.

Si cita in proposito anche un testo romano, D. 39.5,9 che considera come donazioni lo « *in aedibus alienis habitare gratis* », nonchè il patto di non chiedere la restituzione del mutuo per un certo tempo, se ciò avviene *donationis causa.* Ma si tratta di vedere quali problemi il testo intendeva risolvere (non, certo, quello della forma).

Contra e nel senso che il mutuo, il comodato, la concessione gratuita di servizi non sono donazioni, v. WINDSCHEID, *Pandette,* § 365 note 2, 3, e 4. Tutta la concezione classica e tradizionale della donazione si ritrova in questi passi del Windscheid, anche quanto alla distinzione fra causa e motivi: v. § 9.

Quanto ai casi della banca (per i mutui o per le cassette di sicurezza) o di una impresa di magazzini e simili, il preteso carattere di « liberalità » non vuol dire donazione e requisito della forma; vuol dire semplicemente: che si applicano le regole sulla misura della responsabilità nei contratti a titolo gratuito (v. *infra* § 15); che l'organo della Banca o dell'impresa non può compiere questi atti senza speciali autorizzazioni; e che, in certi casi, il vantaggio così attribuito mediante il comodato o il mutuo, è soggetto alle norme sulla collazione, sulla quota di riserva ereditaria, sull'azione pauliana (c. d. *règles de fond,* v. *infra* § 10 *sub f*). V. anche nota 6.

vedere una donazione, perchè non si può dire che quel prestito abbia portato vera diminuzione del patrimonio del mutuante » (5).

Altrettanto si afferma pel caso del deposito. Ma, se chi riceve in deposito fa professione di custodire cose in un magazzino, ricevendole gratuitamente, egli fa « dono di un'attività che viene di regola retribuita » (6).

Si è arrivati a questa tesi perfino per le prestazioni di servigi normalmente ricompensati, se compiuti gratuitamente per un tempo assai lungo (7).

---

(5) Mosco, *Op. cit.*, pag. 287.

(6) Cfr. SAVIGNY e Mosco, *Opp. e locc. citt.* a nota 4. Ma è evidente che in questo caso, come in tutti quelli di che a nota 4, la dottrina si è occupata del *generico* concetto di « liberalità », in relazione ai vari problemi inerenti (*règles de fond*, ecc.: ad esempio, si invoca espressamente l'art. 2325 c. civ. germanico sulla riduzione delle liberalità), senza occuparsi specificamente del problema della donazione (come *dare*) in relazione alla *cause suffisante* e alla forma. E' altrettanto evidente che questa dottrina ha argomentato, specie in vista di quei generici problemi, da concetti economici confondendoli con quelli tecnico-giuridici, (come il concetto tecnico di donazione in relazione alla forma e alla *cause suffisante*), di cui non ha inteso la profonda ragione storica suaccennata: v. anche §§ 8 e 9. Così, ad es., argomenta il Mosco (*op. cit.*, p. 287): « In un'economia, nella quale l'uso di una determinata cosa mobile o immobile viene concesso per un certo prezzo, ed è pertanto frutto di un reddito costante per il proprietario, la concessione gratuita di quest'uso produce effetti *economici* uguali a quello della liberalità e *va perciò considerata come tale* ». E ciò benchè altrove il Mosco noti la confusione fra concetti economici e concetti giuridici.

(7) DERNBURG, *Bürgerliches Recht*, Halle, 1906, vol. II, § 205, pag. 143. Sarebbe, per esempio, il caso di un trasporto gratuito compiuto da un'impresa di trasporti in un rapporto destinato a durare per un certo tempo, o di una certa importanza. Così pel caso di un medico, un ingegnere, un domestico. Si ha un bel dire, per criticare il Dernburg, che « le capacità produttive dell'uomo, cioè le sue energie fisiche e intellettuali, sono estranee al concetto giuridico di patrimonio, inteso nel senso economico e giuridico » (Mosco, *Op. cit.*, p. 288) e quindi che in tal caso *die Zuwendung erfolgt nicht aus dem Vermögen, sondern aus der Person des Zuwenders* (von TUHR, *Allgemeine Teil des deut. bürg. Rechts*, München und Leipzig, vol. III, 1918 § 75 pag. 156). Si ha un bell'aggiungere che il diritto positivo (*id est*, l'art. 769 c. civ. ital. e simili) assume, a base del concetto di arricchimento e di donazione, il trasferimento *patrimoniale* (Mosco, *loc. cit.*). A parte che l'art. 769 succitato concerne il concetto tecnico-giuridico di donazione in relazione ai problemi della forma e della *cause suffisante* e non in relazione a quelli delle *règles de fond* (ecco qui

Venendo poi al punto che ci interessa, cioè quello del requisito della forma della donazione (o di quello della *cause suffisante*!), v'è chi ritiene (8), con vari argomenti, che il comodato, specie di cosa immobile (9), e il mutuo siano soggetti a quel requisito, nei casi in cui la concessione gra-

---

l'ennesima confusione di problemi diversi nel generico concetto di « liberalità »), a parte ciò, non si spiega il perchè di quel requisito del « trasferimento patrimoniale » e perchè « donare » la propria attività di medico, di ingegnere, ecc., non sia liberalità e non sia considerato atto così grave come invece il dare gratuitamente una cosa o il suo uso. E ciò, nonostante il rilievo che nella società contemporanea « il titolo gratuito ha ceduto quasi interamente il posto, al titolo « oneroso », e nonostante che in questa società, « fondata sul lavoro », quei servizi non siano più considerati cosa vile, ma siano anzi la base economica della vita di quasi tutti. Così neppure si spiega perchè non sia liberalità un patto gratuito di non concorrenza (v. vol. II « Casistica »).

(8) Ascoli, *Trattato delle donazioni*, 2ª ediz., Milano, 1935, pag. 131 segg. Contro il requisito della forma nel comodato di immobili v. Cassaz. 26-7-1929, *Rep. Foro it.*, 1929, voce comodato, n. 2; App. Catania, 28-6-1935, *Rep. Foro it.*, 1936, voce comodato, n. 4. Il nuovo codice civile italiano, del resto, prevede espressamente il comodato di immobili.

La Cassaz., 16-1-1934, Antoniucci c. Scarazzato, *Giur. it.*, 1934, 534, ha visto una donazione, soggetta al requisito di forma, in un contratto di locazione d'immobili con contemporanea rinuncia ai canoni fatta per separata scrittura privata, come donazione dissimulata. Questa sentenza, per quanto concernente un caso speciale, sembra in contraddizione con le precedenti.

La sentenza della Corte d'appello di Milano, 22-5-1930, Ferrario c. Ferrario, *Mon. Trib.*, 1930, 703, ha visto una donazione, soggetta al requisito di forma, in un contratto per cui la figlia lascia in godimento al padre la sua quota ereditaria (valutata in L. 25.000) nell'azienda familiare fino alla morte del padre stesso. Ma per far ciò, la Corte ha escluso il concetto del mutuo ed ha adottato quello dell'usufrutto di cose consumabili (costituzione gratuita di usufrutto, che rientra nel concetto del *dare*). Tuttavia, *en passant*, la sentenza accenna anche al preteso principio che è donazione anche la concessione del temporaneo godimento di una cosa o il patto di non chiederne la restituzione per certo tempo, avuto riguardo alle condizioni economiche delle parti e cita la legge D. 39.5, 9 (v. nota 4).

Nel caso Carozzi c. Carozzi, Cass. Torino, 4-12-1909, *Mon. Trib.* 1910, 286, si trattava della cessione dal padre, ad alcuni dei suoi figli, della quasi totalità dei frutti di un'azienda, della quale egli ordinava l'imputazione soltanto pel valore capitale risultante dall'inventario; per cui la sentenza richiese la forma della donazione.

(9) Per una promessa di comodato di cosa immobile, v. nel vol. II « Casistica » il caso Fellmann c. Mathebs.

tuita dell'uso assuma l'aspetto di una rinuncia al diritto al canone d'affitto o agli interessi. E nel diritto germanico, discutendosi della portata dell'art. 517 (10), v'è chi ritiene che le promesse di mutuo senza interessi o di comodato esulino dalle ipotesi previste in detto articolo e siano soggette alla forma delle donazioni, come promesse di cedere o concedere l'uso della cosa (11). La concessione immediata di tale uso nel contratto reale non sarebbe soggetta invece alla detta forma; e ciò, in base alle regola che la tradizione della cosa mobile o la realizzazione della prestazione promessa, in quel sistema giuridico, esime dall'osservanza della forma della donazione (art. 518 c. civ. germ.).

V'è, infine, chi nega per quei casi la necessità della forma; e all'uopo appena accenna alla *ratio juris* che ispira il requisito formale nella donazione vera e propria, *ratio* « che è appunto quella di impedire che il donante, seguendo un inconsiderato impulso di altruismo, si spogli con troppa facilità del suo patrimonio » (12). Ma poi non spiega perchè di questa protezione non vi sia bisogno e perchè non vi siano gravi pregiudizi e pericoli di simili inconsiderati impulsi di altruismo nel caso di chi « dia a mutuo senza interessi per un lungo periodo una grossa somma che rappresentava il suo maggior cespite » (13). Quest'autore, invece di dare la richiesta spiegazione (storica), si invischia nella equivoca concezione della funzione economico-giuridica tipica o della causa o schema *tipico* del contratto, funzione tipica che nel comodato, nel mutuo e nel deposito non sarebbe l'arricchimento dell'altra parte (non sarebbe, cioè, il concetto *tecnico*-giuridico di donazione!). E questo, aggiunge l'autore. anche perchè

---

(10) L'art. 517 stabilisce che non v'è donazione quando una persona a vantaggio di un'altra tralascia un acquisto patrimoniale, rinuncia ad un diritto devolutogli, ma non ancora definitivamente acquistato, o rinunzia ad una eredità o a un legato.

(11) Von Tuhr, *op. cit.*, vol. III, § 75 pag. 156 nota 19 e pag. 157 nota 27.

(12) Mosco, *op. cit.*, pag. 307.

(13) Caso che, altrove, sotto l'aspetto sostanziale, se non sotto quello della forma, lo stesso autore considera come donazione o liberalità, in quanto « questo negozio non soltanto produce un'immediata diminuzione del patrimonio del donante, che viene privato di quella somma di interessi che egli con sicurezza avrebbe riscosso, investendo ad esempio il danaro in rendita pubblica, ma, per di più, privato di quella rendita, dovrà per provvedere alle proprie esigenze, intaccare il capitale che gli rimane ». (Mosco, *op. cit.*, p. 289).

la legge ammette che in quei contratti possa esservi un corrispettivo senza perciò mutare lo schema tipico del contratto (14). Il che è come dire che è così perchè è così! (15)

§ 8.

Prima limitazione al principio del nudo consenso: le obbligazioni di dare a titolo gratuito

La concezione della donazione come negozio formale e tipico. La funzione della forma dell'atto notarile e la cause suffisante

A questo proposito è di somma importanza considerare la *funzione* della forma dell'atto notarile nella donazione: di somma importanza, perchè tale funzione serve per determinare quali negozi debbano rivestire la forma e quindi per stabilire fino a qual punto la concezione formale della donazione limiti il principio del nudo consenso. Tutta la concezione della *cause suffisante* nelle obbligazioni di dare vi è infatti strettamente collegata.

Finchè la donazione, come nel diritto romano classico, era un

(14) Mosco, *op. cit.*, pag. 307-308.

(15) Il lavoro del Balbi, *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942, è diretto ad individuare il negozio di donazione come negozio tipico; e lo individua nel senso tradizionale da noi menzionato nel presente § (in ispecie, Balbi, *op. cit.*, p. 66-67, 118 segg. e 149 segg.). Ma anche questo lavoro non va esente dalle critiche già accennate per altri autori, specie quanto alla stretta interdipendenza storica fra il problema dell'individuazione di quel tipo e i problemi della forma e della *cause suffisante*, problema della forma di cui addirittura il Balbi deliberatamente non si interessa (*op. cit.*, p. 27), con un timido accenno a pag. 16 nota 1.

Il concetto di onerosità e gratuità vi è discusso, sia pure come *uno* degli elementi della donazione, ma senza riguardo specifico a quei problemi o senza determinare il problema, e così anche con riguardo alle *régles de fond* (*op. cit.*, p. 41-65). Ad es., il Balbi (*op. cit.*, p. 52, nota 1, p. 55 e 63), afferma, sulle orme della tradizione, che una controprestazione non avente valore patrimoniale non elimina il concetto di negozio gratuito, mentre ciò è troppo generico: è soltanto il concetto di donazione (formale) che non viene eliminato da una controprestazione del genere.

negozio sanzionato non per sè, ma soltanto in quanto rivestito della forma *omnibus* (v. sopra § 2, *sub d*), questa, secondo il costume e la mentalità dell'epoca, assolveva il compito di indice della volontà di compiere un atto giuridico. Ma quando, già nel diritto classico, con la *lex Cincia,* la donazione fu assoggettata a limitazioni e resa suscettibile di una *exceptio* in caso di mancata *traditio,* incominciò a profilarsi, nella stessa *traditio,* la funzione di protezione del mancipante o del promittente e della sua famiglia contro i pericoli del «donare» e le precipitose o non ponderate deliberazioni. Tuttavia, come abbiamo visto sopra (§ 2, *sub d*), la giurisprudenza romana mantenne fermo un certo criterio estrinseco della causa, condizione o onere *sufficiente* ad escludere la donazione.

Il requisito dell'atto scritto e sua consegna e/o quello dell'insinuazione, che troviamo più tardi (1), servivano forse più agli scopi della pubblicità e della prova che a quello suaccennato di protezione del donante e della sua famiglia; ma certamente *anche* a questo servivano.

L'istituto dell'insinuazione permane nel diritto medievale; ma accanto ad esso, allorchè l'idea dei contratti formali e della forma *omnibus* (la *charta*) entra in un processo di decadenza, si sviluppa lentamente il requisito dell'atto notarile: v. sopra § 5 note 15 e 16). Già prima dell'epoca di Pothier e alla sua epoca, e non soltanto in Francia, ma in genere in tutti i paesi di *civil law,* noi troviamo quel requisito pienamente sviluppato (v., del resto, le opere di Voet, Richeri ecc., richiamate al § 5).

La funzione del requisito dell'atto notarile non è sempre abbastanza chiara agli occhi degli autori, avviluppata, com'è ancora, in quella della pubblicità e della protezione dei terzi (2). Ma se si tiene

(1) Com'è noto, il requisito dello scritto si trova, pare, già in una costituzione di Antonino Pio, e poi in altra di Costantino, in relazione all'insinuazione, che sorge col principio del secolo IV. Il requisito dello scritto, già abrogato da Teodosio il giovane e Valentiniano, *sembra* più non sussistere nel diritto giustinianeo; ma vi sussiste comunque quello dell'insinuazione per le donazioni al di sopra dei 500 solidi.

(2) Come s'è visto (sopra § 5 *sub c*), lo stesso Pothier confondeva la

presente che l'atto notarile è richiesto anche fra le parti, quando non vi sia una *cause suffisante* (presente o *praeterita*), è chiaro che la funzione della forma notarile è ormai divenuta quella di proteggere il donante e la sua famiglia contro delle deliberazioni precipitose o poco ponderate. La solennità della cerimonia, col notaio e i testi, l'intervento e l'autorità suasiva o dissuasiva del notaio, come consigliere (spesso consigliere e amministratore della famiglia), tutto ciò serviva a quella funzione.

La giurisprudenza italiana ha avuto occasione di enunciare questo principio:

« Gli atti di donazione sono sempre stati guardati dalla legge con austera diffidenza e assoggettati a forme solenni preordinate a garantire una perfetta libertà di maturo consenso del donante... Il cod. civ. ital. ha richiesto come forma sostanziale della donazione e della sua accettazione l'atto pubblico, per assicurare la libertà e la maturità di consiglio del donante e per porre un freno a tutte le liberalità immorali ». (App. Firenze, De Sangro Marchetti cr. Marchetti, 30 aprile 1875, v. vol. II « Casistica »). Questa sentenza merita una particolare attenzione, in quanto considera un caso in cui l'attribuzione patrimoniale aveva un « corrispettivo », ma di « natura non patrimoniale » (v. § 10).

Nella moderna *civil law* la funzione della forma notarile nelle donazioni non è più nè quella della pubblicità (man mano soppiantata da altre formalità), nè quella o quella soltanto di indice sicuro dell'intento di vincolarsi giuridicamente.

Quanto a quest'ultimo punto (da tener presente di fronte ai futuri sviluppi giurisprudenziali), si osservi che la forma notarile è richiesta anche per la donazione reale (con consegna) mobiliare, al-

---

funzione dell'atto notarile con quella dell'insinuazione, quasi che l'atto notarile fosse soltanto una premessa necessaria a questa (come, pare, nel diritto romano): v. *Traité des donations*, n. 85 e 130-131. Ma altrove, al n. 65, il Pothier giustifica il requisito della consegna e dell'irrevocabilità con l'esigenza di proteggere la famiglia, invitando il donante a riflettere. Chiara è invece la concezione del RICHERI, *op. cit.* § 451, 494 e 498: la funzione dell'atto notarile è quella, egli dice, di proteggere il donante (oltre che i suoi creditori!).

meno nel diritto italiano, e per la donazione reale o immediatamente traslativa, avente ad oggetto immobili o altri beni (v. *infra*, § 38 sul *transfert*). Così non basta un atto scritto di *transfert*, magari con sottoscrizioni autenticate; nè basta, salvo che nei sistemi germanico e svizzero, la trascrizione sui pubblici registri richiesta dallo stesso donante, anche là dove la trascrizione è un requisito pel trapasso fra le parti (v., ad esempio, il diritto egiziano). Eppure in tutti questi casi la volontà di agire nel campo giuridico non solleva dubbi.

Ne nasce così una speciale forma, diversa dalla forma *omnibus* dei sistemi contrattuali formali (*stipulatio* ecc.), in quanto questa forma speciale sta in *stretta relazione* col contenuto tipico (« causa » in questo senso) del negozio; ed ha per iscopo la protezione del donante e della sua famiglia contro i pericoli di questa « *causa liberalitatis* » (3).

La stretta connessione con la « causa » impone subito il problema: che cosa è, giuridicamente, donazione e che cosa non lo è.

Infatti, se la funzione della forma della donazione è quella suaccennata, sorge subito il problema: contro quali atti deve questa forma proteggere il donante e la sua famiglia?

a) Contro la pura, purissima liberalità, senza alcun altro movente o scopo che quello di fare del bene (*ut munificentiam et liberalitatem exerceat*)? La soddisfazione di una vanità o di un'ambizione sarebbe sufficiente ad escludere l'idea della donazione e il bisogno della forma protettiva? Un qualunque dovere di coscienza, individualmente sentito, un *sentiment d'équité, de délicatesse, d'honneur* (v. § 11)? Una qualunque controprestazione, anche senza valore

(3) V. anche *infra* § 34 *sub. a* e § 18. Perciò la forma della donazione si distingue da altre forme (l'atto scritto o talvolta anche notarile) pure imposte in relazione al contenuto del negozio (v. *infra* § 18). Invero la funzione di queste ultime concerne sopratutto la certezza dei rapporti giuridici in relazione ad una determinata specie di beni o di diritti oggetto del contratto. La forma della donazione è invece richiesta qualunque sia il bene o diritto oggetto di essa. Nel diritto svizzero, com'è noto, basta la forma dell'atto scritto per le donazioni obbligatorie mobiliari: v. art. 243 c. svizz. obblig.; ma anche questa forma ha la funzione suaccennata.

patrimoniale pel donante o per chi la fa, e così anche le controprestazione atipiche, fuori dal normale (v. § 10)?.

b) Oppure, a quei fini di protezione, occorre adottare dei criteri *oggettivi* sulla sufficienza di una «causa» diversa dalla pura liberalità (v. §§ 9-11)?

Ecco, appena adombrato, il problema della *cause suffisante* nelle obbligazioni di *dare* (e, come vedremo, anche nelle alienazioni).

Come il lettore ricorderà, la tradizione (che rimonta fino alle ordinanze francesi del 1531 e 1566 sull'insinuazione e, quanto a questa, forse anche ad epoca anteriore, specie in altri paesi) aveva adottato i criteri oggettivi testè menzionati sub *b*. E l'ordinanza francese del 1731 aveva praticamente esteso questi criteri al problema della donazione come atto formale (notarile) anche *fra le parti*: v. sopra § 5 *sub d*.

Questa tradizione si perpetua in una forte e resistente corrente giurisprudenziale e dottrinale nei secoli XIX e XX. Secondo quei criteri oggettivi, la *cause suffisante* dev'essere qualcosa che, da un punto di vista oggettivo normale o tipico, *giustifica* un trapasso patrimoniale (un *dare*) a protezione del promittente o disponente e della sua famiglia (v. § 10-11); e non semplicemente qualcosa che spiega e rende plausibile la volontà di contrarre un vincolo in senso *giuridico*. Altrimenti, in mancanza della *cause suffisante,* occorre la *cerimonia* dell'atto notarile con la cennata funzione di protezione. Questo criterio oggettivo finisce per identificarsi, più o meno, con la concezione di un *dare* a titolo gratuito nei problemi della collazione, della legittima o quota di riserva ereditaria, e dell'azione pauliana o revocatoria.

La portata di questa corrente arriva spesso ad abbracciare il problema del contratto innominato o atipico, pei casi in cui, di fronte ad una prestazione di *dare* avente carattere patrimoniale, sta una controprestazione non avente tale carattere.

Viceversa, una corrente giurisprudenziale e dottrinale, piuttosto predominante in Francia, sembra arrivare alla soluzione menzionata *sub a*. Tuttavia questa corrente, quando si tratta dei problemi della

collazione, della riserva e della pauliana torna a considerare come donazione l'atto nei casi menzionati *sub a* (benchè mancante del puro spirito di liberalità) (4). E poichè quei problemi concernono i terzi, ciò mostra come la corrente stessa sia, in fondo, ispirata dalla preoccupazione di liberare l'atto dal requisito formale e di far trionfare anche qui, il più possibile, il principio del nudo consenso, che concerne appunto i rapporti fra le parti.

Seguendo quella corrente, la concezione della donazione si restringe assai, se non è addirittura distrutta; e il requisito formale della donazione, dato l'ambito ristretto della sua applicazione, viene a rappresentare una ben lieve contrazione del principio del nudo consenso. Tuttavia nella realtà della pratica giudiziaria, come avremo occasione di vedere, anche questa corrente non ha quell'ampia portata che appare dalle sue piuttosto affrettate generalizzazioni.

Comunque, è chiaro che la portata del requisito formale della donazione, come limitazione al principio del nudo consenso, dipende dal vedere in qual modo sono concepite la donazione e la *cause suffisante*. E questa indagine sarà uno degli oggetti principali del nostro corso, nei §§ 9-13 e nella « casistica ».

---

(4) V. il chiaro riassunto di questa corrente giurisprudenziale e dottrinale in DALLOZ, *Nouveau Répertoire de Droit,* Paris, 1948, Voce *Donation,* n. 27 a 32.

E' anche interessante notare che a questa tendenza corrisponde quella (sopratutto francese) di ridurre la funzione dell'atto notarile ad un mero indice formale della volontà di contrarre un vincolo *giuridico* (*serio et deliberato animo*), indice che potrebbe anche essere sostituito da altre forme o dalla *causa raisonnable o plausible* (v. *infra* § 38 *sub d* sulla forma e vol. II « Casistica »).

§ 9

Continua: La concezione della donazione e il puro spirito di liberalità. Estensione dello schema tipico della donazione a vari interessi, diversi dal puro spirito di liberalità (a parte il problema della donazione cum onere o per una causa praeterita) (1)

Com'è noto, il titolo del Digesto sulle donazioni incomincia con la proclamazione del concetto di donazione come quello di chi dà o si obbliga a dare « *propter nullam aliam causam... quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat* » (per la effettiva applicazione di questo concetto nel diritto romano, v. sopra § 2 *sub d*). Se per causa si intende qui l'interesse, lo scopo, il motivo che anima il donatore, l'ambito della donazione si ridurrebbe a ben poca cosa. Lasciamo andare per ora i casi di donazione sotto « condizione », con onere o *charge,* e quelli di donazione per una *causa praeterita* (servizi resi, obbligazione morale o naturale), ove la presenza della condizione, dell'onere o della *causa praeterita* solleva subito dubbi e problemi gravi che esamineremo nei paragrafi seguenti.

Anche a parte questi casi, non vi è, nella realtà della vita, donazione che non sia determinata da un interesse diverso da quello del puro spirito di liberalità: interessi religiosi, politici o pubblici *lato sensu,* scientifici, culturali, sportivi, ecc., di chi « dona » ad un ente avente tali scopi, e magari ha anche l'intento di partecipare ai relativi benefici pur senza imporre un onere (v. *infra* vol. II « casistica »);

---

(1) I problemi considerati in questo e nei seguenti paragrafi, e così il concetto della donazione, vengono trattati dalla dottrina in modo piuttosto astratto, in vista di un « concetto generale » (di donazione), o con riferimenti storici inesatti, o con riguardo ad un altrettanto generico concetto di « gratuità » e « onerosità », senza specificare sempre in funzione di quali problemi si costruisca il « concetto ». Talvolta si confondono fra loro questi problemi, o si trattano assieme le obbligazioni di dare e quelle di fare. Avremo occasione di rilevarlo più volte in questo e nei paragrafi seguenti, specie al § 10 *sub f.* Per ora ci limitiamo a rinviare il lettore al lavoro del Mosco, *Onerosità e gratuità* cit., pag. 247-272 e passim e citazioni ivi.

interessi affettivi, familiari, di rapporti amorosi, di vanità, d'ambizione, di speranza d'onori, di prestigio, ecc.

Il puro spirito di liberalità è qualcosa di astratto e forse di altrettanto raro quanto l'imperativo categorico di Kant, anche se il desiderio di far del bene possa accoppiarsi, giuridicamente, a quello di ottenere il puro sentimento di gratitudine del beneficato.

Il respingere quei vari interessi nel campo dei « motivi » (in senso tecnico, per opposizione alla causa *tipica* dell'atto), non è assai spesso che un *procedimento tecnico per estendere il concetto di donazione*: procedimento giustificato sia dalle esigenze pratiche cui soddisfa il *tipo* o l'atto tipico, sia dalla funzione protettiva della forma accennata nel § prec. (vedi *infra* nota 2).

In realtà, rispetto al puro spirito di liberalità, assunto come contenuto tipico della donazione, quegli interessi rappresenterebbero altrettanti contratti atipici o innominati (nel senso moderno: v. anche § 12). Alcuni di quegli interessi, poi, si presentano con un carattere usuale e perciò, in certo senso, tipico: come gli interessi religiosi, politici, culturali, sportivi, ecc., nella « donazione » ad un ente avente tali scopi, o come certi interessi familiari (2) (eppure tutti questi interessi vengono assai spesso respinti tecnicamente nel campo dei motivi, ovvero l'atto, sotto l'aspetto formale, viene equiparato ad una donazione). Comunque, chi dà per gli interessi in esame compie atti moralmente e *socialmente* diversi dal puro spirito di liberalità.

Tuttavia, per le ragioni pratiche suaccenante, la corrente dottrinale e giurisprudenziale predominante tende a respingere « tecnicamente » quegli interessi nel campo dei « motivi », cioè a non ricono-

---

(2) Interessante è in proposito la sentenza della Corte d'Appello di Casale Monf., 25 marzo 1889, in causa Garrone-Foà (costituzione di dote da una zia alla nipote), in cui si nega all'atto il carattere di donazione, sulla base della « solidarietà del sangue e di famiglia, costituente un *vero interesse* » (a parte l'obbligo morale). Giurisprudenza poi abbandonata dalle nostre Corti (v. vol. II « Casistica »). Quel « *vero interesse* » è ovviamente da intendere come qualcosa di *oggettivo* che, dal punto di vista sociale, *giustifica* il *dare* indipendentemente dallo spirito di liberalità.

scere loro alcun rilievo quanto al concetto di donazione e al suo requisito formale (3).

Perfino lo scopo di crearsi, con il dare, una *chance* di ottenere vantaggi patrimoniali, scopo che escluderebbe il puro spirito di liberalità, non sembra sempre sufficiente ad escludere il concetto tecnico di donazione coi suoi requisiti formali (4).

---

(3) Altrimenti, la tipicità, come esigenza di certezza dei rapporti giuridici, ne sarebbe pregiudicata proprio nel campo della forma, ove più si impone il bisogno di certezza, cioè di una precisa delimitazione dell'ambito del negozio formale (nel senso moderno di forma connessa al contenuto, v. § 18 e 34 *sub a*).

Gli è che la tipicità di quegli interessi, che possono animare un *dare* senza *controprestazione* (anche come « onere ») e senza *causa praeterita,* è assai difficile da determinare; sicchè gradualmente e insensibilmente si scende al profondo strato dei moventi vaghi e inafferrabili. Così, la dottrina che nega la donazione in presenza di quei moventi o interessi, è coerentemente arrivata, dal lato opposto, a negare l'onerosità in un contratto di vendita (tipo giuridico), per cui uno compera al solo scopo di fare un piacere al venditore, o nel mutuo ad interesse concesso per puro spirito di compiacenza (v. *infra* nota 10; v. anche Jhering e altri autori citati da Mosco, *Onerosità e gratuità* cit., pag. 207-208 e *passim*). Non pare tuttavia che con una simile tesi si voglia implicare il problema della forma; pare si tratti soltanto del *generico* concetto di onerosità di cui al § 10, *sub f.*

D'altro lato, a prescindere da quelle esigenze della tipicità, la cennata funzione protettiva della forma della donazione (v. § prec.) induce a non tener conto dei suddetti interessi o moventi, ma ad attenersi al concetto piuttosto estrinseco di un *dare* senza « corrispettivo » o senza causa *praeterita.*

(4) Cfr. invece per le obbligazioni di fare o prestare (es. promessa unilaterale di fare un contratto di vendita, ecc.) sopra § 5 sub *b* nota 4 e *infra* § 16.

Com'è noto, ad esempio, sono considerate donazioni quelle reciproche o *mutuelles,* benchè ivi lo spirito di liberalità sia assai impuro, cfr. Pothier, *Traité des donations,* cit., n. 90, il quale fa presenti i dubbi di certi autori, in quanto appunto quelle donazioni sarebbero *contrats intéressés,* dubbi superati dall'ord. del 1731, anche pel caso in cui il valore delle due donazioni sia uguale, perchè il semplice *espoir* o *chance* non sarebbe causa sufficiente ad escludere la donazione; v. anche Trasbot, nel *Traité Pratique di Planiol,* cit., V, n. 330.

Nel caso di industriali che fanno offerte di concorso per l'esecuzione di lavori pubblici, da cui essi trarranno profitto, la giurisprudenza francese ha negato il carattere di donazione (v. Trasbot, *op. cit.,* n. 315). Ciò è conforme

Di qui nasce un concetto tendenzialmente *negativo* della donazione; donazione è ogni dare e ogni promessa di dare che *non* siano compiuti per una controprestazione o per una *causa praeterita* (a parte, per ora, il requisito della sufficienza di queste) (5).

Ora, ecco ciò che è interessante notare circa la portata del requisito formale della donazione come limitazione al principio del nudo consenso: anche se bastasse (ma non basta) ad escludere la donazione una controprestazione o onere *qualunque* o una *causa praeterita qualunque,* già questo concetto della donazione abbraccerebbe un campo molto vasto di contratti assai frequenti nella vita sociale: e precisamente tutte le alienazioni e le promesse di dare per uno dei suaccennati interessi diversi dal puro spirito di liberalità.

In particolare, come la storia dimostra, la donazione rappresenta il *mezzo* più diffuso e più pratico per perseguire la soddisfazio-

---

alle tendenze di quella giurisprudenza; v. *infra* §§ 10-11; v. anche, nel vol. II (« Casistica ») i casi Lapeyre-Commune di Urugne, Reverchon - Comune de Morez, ecc. Ma la questione non è così semplice, specialmente nel caso di donazioni, fondazioni, borse di studio, ecc. fatte da industriali per ricerche scientifiche pure, che li interessano economicamente.

La giurisprudenza italiana sembra prevalentemente in senso contrario. Così il Tribunale di Torino, 28 luglio 1948, in causa Wild c. Wild, *Mon. Trib.,* 1949, 76, ha avuto occasione di decidere che: « non snatura lo spirito di liberalità, *causa* della donazione, la circostanza che l'atto possa essere stato compiuto in vista di eventuali vantaggi futuri di ordine materiale o morale ». Cfr. anche Cass. 8 marzo 1950, Fiammingo c. Opera Naz. Combattenti, *Rep. Foro it.,* 1950, voce Donazione, n. 11 che colloca il calcolo utilitario fra i « motivi » distinti dalla *causa* che sarebbe sempre la *causa liberalitatis.* Ma anche nella giurisprudenza italiana non manca qualche incertezza (v. vol. II, Casistica).

Per un altro esempio di donazione fatta nella speranza di vantaggi, Mosco, *op. cit.* p. 270.

Per la tesi che esclude la donazione se fatta nella *speranza* di vantaggi v. Demogue, *Traité des Oblig.,* cit., II, p. 984 segg. e *infra* la nostra nota 10.

Le promesse di somme a titolo di *réclame* e quelle a operai come incentivo al lavoro, se contenute in limiti ragionevoli, non sono considerate donazioni. Anche qui operano l'uso sociale e una certa tipicità.

(5) Il suaccennato procedimento tecnico della causa tipica, con il conseguente concetto negativo della donazione, è scultoreamente espresso nella classica trattazione che ne fa il Windscheid, *Pandette* § 365 specie nota 4 (tra-

ne di interessi non economici (6); e, più precisamente, quel mezzo che consiste nella attribuzione o nella promessa di una ricompensa, di un premio e simili, al fine di promuovere la soddisfazione di un interesse del disponente o promittente, senza imporre un'obbligazione o un onere o una condizione all'altra parte (7).

Certi vincoli, molto interessati, specialmente di carattere politico, si stringono meglio con una donazione « pura », che con una donazione *cum* onere o sotto condizione o con un contratto di scambi. La storia l'insegna. E se fosse possibile fare una statistica, per qua-

---

duz. Fadda e Bensa): « Donazione è l'arricchimento per l'arricchimento... In questo senso ogni donazione contiene una *liberalitas* ». Causa tipica è quindi lo scopo di dare senza corrispettivo; tutto il resto rientra fra i « motivi » che, dice il Windscheid, possono essere: benevolenza, aspettativa di vantaggi o di soddisfazione di scopi egoistici, vanità, ingiusta coazione, spontaneo riconoscimento di un'obbligazione non sussistente in diritto (nè *naturaliter*, nè *civiliter*) ecc. Rispetto a quest'ultimo caso il Windscheid sostiene che sempre l'intenzione di adempiere un simile dovere è soltanto un motivo, *primario intento* essendo sempre quello di arricchire il ricevente. Ov'è chiaro il punto di vista *oggettivo*, v. *infra* § 11 *sub b.*

Il carattere meramente negativo del concetto di donazione è accentuato nel diritto romano classico e nella *common law*, pei quali una controprestazione *qualunque* basta per *negare* il *carattere* di donazione e la *causa praeterita* non è ammessa (v. sopra § 2 *sub d* e *infra* § 28 e 30). Secondo questi sistemi *non* è donazione soltanto il dare per una controprestazione qualunque (*res* o *consideration*).

(6) Per convincersene, basta scorrere i Repertori di giurisprudenza: per esempio, il DALLOZ, *Codes Annotés, Nouveau code civil*, Paris, 1901, all'art. 931; e la nostra *Prima Raccolta di Giurisprudenza sul cod. civ.*, art. 1050-1051 e 1056; v. anche il II. Vol. « Casistica », nonchè § 13 *sub c.*

(7) Invero è spesso più pratico limitarsi all'incentivo del premio o della ricompensa. Spesso il « donatario » non vuole o non può accettare nemmeno l'onere o la condizione di realizzare l'interesse del c. d. « donante » (per es., costruire una scuola, un istituto scientifico, una chiesa, compiere un atto di carattere politico, ecc.). E vuole invece, per la sua stessa organizzazione o per altre ragioni pratiche, mantenere un certo potere discrezionale di realizzare o meno quell'interesse o di realizzarlo in un modo piuttosto che in un altro, senza dovere per questo perdere il beneficio della donazione, sul quale ha ormai fatto affidamento e impostato i suoi piani; ma nello stesso tempo si sente moralmente e socialmente vincolato, entro certi limiti, a soddisfare quella « aspettativa » del c. d. donante.

lità o importanza sociale dei contratti, più che per quantità, si vedrebbe forse che i contratti più importanti sono delle cosidette donazioni.

Dunque, il requisito formale della « donazione » (anche non considerando come donazioni quelle *cum onere* o per una *causa praeterita*) costituisce una limitazione di portata assai vasta, per quantità e qualità di contratti, al principio del nudo consenso.

Soltanto la giurisprudenza francese, parte della nostra (nel secolo XIX), quella di qualche altro paese di *civil law* (8) e una parte della dottrina francese hanno tentato l'impresa veramente eroica di far trionfare anche in questo campo, come in quello delle donazioni *cum onere* e per una *causa praeterita,* il principio del nudo consenso. Si sono sforzate, cioè, di ridurre il concetto di donazione a quello della pura liberalità (9), concetto *positivo,* liberandolo così il più possibile dal requisito della veste formale. In altri termini, hanno cercato di liberare da questo requisito tutta una serie assai importante di negozi, quelli determinati dai summenzionati interessi diversi dalla pura liberalità. E' la corrente la quale afferma che, oltre questi interessi, oltre il desiderio di prestigio e la vanità, « *le simple désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse, ou d'honneur peut constituer une cause suffisante d'engagement* », *suffisante* ad escludere l'idea della donazione e della relativa forma (v. citazioni alla nota 10).

---

(8) V., ad esempio, nel vol. II « Casistica » il caso Re Ross, Hutchinson. v. Royal Inst. for the Advancement of Learning (Quebec, paese di *civil law*), ove, in omaggio al principio *de la délicatesse, l'honneur, etc.* riportato *infra* nel testo, uno dei giudici arriva a concludere: « que les engagements et les souscriptions de Ross en faveur d'une Université dont il était l'un des principaux gouverneurs et directeurs constitueraient une cause ou considération *suffisante* pour les rendre obligatoires » (come contratti diversi dalla donazione e senza bisogno dell'atto notarile).

(9) E' legittimo il sospetto che una certa influenza abbia esercitato il testo romano citato in principio del presente §, naturalmente equivocandosi sulla sua effettiva portata (v. sopra § 2 *sub d*).

Vedremo nel vol. II del nostro corso (« casistica ») lo sviluppo di questa corrente (10).

Per ora ne basti far presente che le sue proclamazioni di prin-

---

(10) Quanto alla dottrina, v. le citazioni in DALLOZ, *Codes annotés* cit., art. 1131 (l'articolo sulla causa dell'obbligazione in genere!) n. 43 segg. Si vedano anche, DEMOGUE, *Traité des obligations* cit., II, n. 770 segg. e autori ivi citati: JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928, pag. 157-162 e 368-375. Questi ed altri autori sono andati al di là della stessa giurisprudenza francese. Il Josserand, con altri, è arrivato alla tesi psicologica menzionata sopra a nota 2. Il Demogue arriva a non considerare donazioni quelle fatte *pietatis causa*, o quelle con un onere o c.d. *affectation* a vantaggio dello stesso donatario, ad es. fare un viaggio, o quelle fatte ad un ente senza onere o con onere rientrante nel suo scopo (v. *contra*, DALLOZ, *Nouveau Rép.*, voce *donations*, *n.* 21); e tutto questo perchè il comandare costituisce un piacere superiore allo stesso conseguimento di un vantaggio economico!

V. anche sopra nota 4 quanto alla mera speranza di vantaggi come *cause suffisante*. Su tutto ciò, v. il vol. II « Casistica ».

Vero si è che questi autori parlano assai spesso in modo vago e generico della gratuità, senza porsi espressamente il problema del nudo consenso e della forma o confondendo obbligazioni di dare e fare e i vari problemi concernenti la gratuità.

Vero si è ancora che il Demogue si lascia andare a una certa retorica: « *L'homme ne vit pas seulement de pain, il faut se préoccuper de ses besoins plus élevés* » (*op. cit.*, II, n. 770). Un sistema giuridico che non riconosca i *buts* non economici è inaccettabile in una *civilisation développée* (*op. cit.*, II, n. 759). Nei quali due passi, come altrove, si ritrova, fra l'altro, il solito equivoco concernente l'autonomia o il *potere* (della volontà) di obbligarsi: v. sopra § 6.

La promessa può spiegarsi o essere *plausibile* « *pour un sentiment désintéressé ou peu intéressé de reconnaissance, de piété, d'amour, de tout ce qui fait la grandeur de l'homme* » (*op. cit.*, II, n. 746).

A questa retorica si accompagna (come si rileva dagli esempi addotti dal Demogue, ai nn. 746 e 770 segg.) una gran confusione fra vari problemi che vanno sotto il *nome* di causa, ivi compreso quello della c. d. funzione economico-sociale; nonchè la più sconcertante confusione fra *cause suffisante* (nelle obbligazioni di *dare*) e *cause raisonnable et plausible*: « *Toute promesse, toute obligation ou dation qui a de la part du promettant une explication normale dans l'état actuel des moeurs est valable* » (*op. cit.*, II, n. 747).

Prendere queste « teorie » come qualcosa che possa rappresentare lo stato reale del diritto positivo, significa correre grossi rischi!

cipio vanno prese con beneficio d'inventario. Non è azzardato ritenere che in quelle decisioni giurisprudenziali si tratti assai spesso di pura retorica, di *obiter dicta* (affermazioni fatte *en passant*), di vacue generalizzazioni, che poi la dottrina ha preso sul serio, mentre le ragioni del decidere, anche se non messe in rilievo, si ritrovano in strati assai più profondi (v. nella « Casistica » le note ai casi in parola) (11); e queste ragioni costituiscono, in certo senso, una *veste* del preteso patto nudo (v. *infra* § 16 e 17).

Sicchè è dubbio se quella giurisprudenza sia effettivamente riuscita a ridurre la donazione formale nell'ambito della pura liberalità e a liberare quei negozi dal requisito della forma; mentre è legittimo il sospetto che qui vi sia stato anche un equivoco fra *cause suffisante* (sufficiente ad escludere la donazione nelle obbligazioni di dare) e *cause raisonable ou plausible* (come spiegazione della volontà di contrarre un vincolo *giuridico* nelle altre obbligazioni).

Come già ammoniva il Voet (*Comm. ad Pand.*, 39, 5, de *donat*, § 3) a proposito delle donazioni remuneratorie, se si accogliesse una tesi analoga a quella della giurisprudenza francese, si arriverebbe a negare che nella vita pratica vi siano delle donazioni (12).

---

(11) Tanto per dirne una, nel caso Bardet-Fabrique de Saint Martin, « *le but de satisfaire son* (del promittente) *caprice, sa fantaisie ,ou sa vanité* » è considerato una *cause suffisante* ad escludere la donazione; e in questo caso si trattava nientemeno che dell'aver indotto la Fabbrica a fare una spesa che essa non avrebbe fatta. Nel caso Faure-Rougier la vera causa consisteva in un'obbligazione di non fare concorrenza. Nel caso Abbé Bresson - Boudard, che si richiama al « *but* » del caso Bardet e vi aggiunge « *l'amour propre* », si trattava nientemeno che di un rischio assunto dall'Abbé Bresson.

E sopratutto, in questi ed analoghi casi (Ville de Marseille - Impératrice Eugènie, ecc.) il motivo profondo della decisione era un concetto un po' simile a quello della *executed consideration* e della reliance di *common law;* e cioè l'esecuzione dell'onere sull'affidamento della promessa o della « donazione », nell'aspettativa che questa venisse mantenuta (v. § 17 e 27 *sub a*). Per tutti questi casi, v. vol. II « Casistica ».

(12) V. anche nella « Casistica » l'analogo argomento della difesa Reverchon nel caso Reverchon - Commune de Morez.

§ 10

La donazione cum onere e sotto « condizione » di una prestazione Rapporti con il contratto atipico o innominato (nel senso moderno)

a) *Premessa*: *la donazione* cum onere *e sotto condizione, e la* cause suffisante.

Fin qui abbiamo trascurato il problema della donazione *cum onere o avec charges* (donazione modale secondo il nostro art. 783 c. civ.) e quello della donazione per una *causa praeterita.*

Ma la portata del requisito formale della donazione (e del concetto tecnico di questa) come limitazione del principio del nudo consenso si fa molto più vasta, quando si considerino questi problemi che sono *i più delicati in tutta la nostra materia.*

Incomiciamo dalla donazione *cum onere.*

Appena occorrerebbe notare, *in limine,* che il nostro problema non concerne soltanto il caso dell'onere in senso proprio, in cui il « donatario » è tenuto ad un certo contegno o prestazione, e in cui pertanto si può pensare ad una sanzione consistente nell'azione per l'esecuzione o in quella di risoluzione per inadempimento (v. ad es. art. 793 c. civ. ital.; analoghe soluzioni anche in altri paesi).

Il problema si estende anche al caso, in cui la prestazione e il contegno sono imposti al « donatario » sotto forma di una cosidetta « condizione »: ti dò o ti darò, *se* farai questo. Ove è evidente che la così detta condizione rappresenta in realtà la « causa » o scopo (o uno degli scopi) della « donazione »; e il « donatario », pur non essendovi obbligato, l'esegue sotto la spinta della « donazione » o facendo affidamento su di essa (1).

Ora, come abbiamo visto (sopra § 5 *sub d*) e come risulta da

(1) V. von Tuhr, *Allg. Teil, des deut. bürg Rechts,* cit. III § 75 p. 167 Per *qualche* analogia vedasi anche il concetto di *executed consideration* (*infra* § 26). L'art. 793 c. civ. ital. non ha affatto inteso, nè poteva intendere, di negare questa realtà.

tutti i nostri codici, una promessa di dare (o un'alienazione) può restare « donazione », benchè vi siano apposti l'onere o la condizione di una certa prestazione o contegno in senso lato.

Ma quando la presenza di questa prestazione lasci sussistere il concetto tecnico di donazione, col relativo requisito formale, e quando invece si abbia contratto oneroso di scambio, libero da tal requisito, i nostri codici non ce lo dicono. Ce lo dicono, invece, la tradizione (v. § 5 *sub d*), la giurisprudenza e la dottrina.

Affinchè il concetto della donazione e il requisito della forma siano esclusi, occorre che l'oggetto di quell'onere o condizione rappresenti una *cause suffisante.*

Ma a questo proposito l'accordo è ben lungi dall'essere raggiunto. A grandi linee, due correnti si dibattono il campo.

b) La corrente tradizionale: la cause suffisante come criterio oggettivo.

Una prima corrente, che si riallaccia alla tradizione, cui pure obbediva Pothier (v. sopra § 5 *sub d*), si attiene, in fondo, a dei criteri *oggettivi.* E precisamente:

1°) Se la controprestazione (in senso lato) ha carattere *tipicamente economico* (2), o, il che fa lo stesso, se essa può esser l'oggetto

---

(2) Anche come mero sacrificio di chi la compie; basta, cioè, che vi sia un sacrificio *patrimoniale* per costui, anche se quella controprestazione non rappresenta un vantaggio patrimoniale per chi l'ha richiesta (v. *infra* § 13 *sub b*).

Si suol dire che la controprestazione deve essere « *appréciable à prix d'argent* » (o suscettibile di valutazione economica). Ma in realtà questo carattere non appartiene alla prestazione *in sè,* sibbene dipende dall'uso sociale, da ciò che i francesi chiamano *moeurs,* dal fatto che, secondo questi costumi, una certa prestazione è considerata come avente un valore economico, che si traduce nella suscettibilità di una valutazione (sociale o oggettiva) in danaro.

Ciò che in questo senso non ha carattere « economico » oggi, può averlo domani. Esattamente ne scriveva il Richeri (*op. cit.*, § 535) che i servizi resi, come *causa praeterita,* o l'onere, come causa futura (§ 902), devono « *ex communi hominum sensu recipere aestimationem* » (v. sopra § 5 nota 22). Perciò sembra esatto parlare di *tipicità* economica e dire che la prestazione deve

di un contratto tipico (usuale) di scambio, allora questo « scambio » basta, come *cause suffisante,* ad escludere la donazione e la relativa forma. E ciò, purchè l'intento delle parti sia veramente diretto a compiere uno scambio, e non una liberalità avente come *causa secondaria* l'onere o la « condizione ». Tutto, in fondo, dipende dall'intento (concorde) o consenso delle parti, il quale di solito si manifesta nella qualificazione del negozio (vendita, locazione di cose o opere, rendita vitalizia, ecc.). In questo caso si può dire che, in quanto il consenso delle parti è diretto ad un contratto di scambio, il principio del nudo consenso ,o della sanzionabilità della promessa nuda, è rispettato (salvo altri requisiti di forma quanto agli immobili, ecc.).

Se l'intento (concorde) dei contraenti è diretto in parte, come causa *principale,* ad uno scambio e in parte, come causa *secondaria,* ad una liberalità, si ha il così detto *negotium mixtum cum donatione,* che, dal punto di vista giuridico, conserva ancora il carattere di contratto di scambio esente dalle forme della donazione (2 bis).

---

essere l'oggetto di uno dei contratti tipici o usuali di scambio o di un contratto a questi analogo; v. *infra* nel testo.

Ma, come avremo occasione di vedere, neppure questa tipicità funziona sempre: vi sono, cioè, delle prestazioni che possono o meno presentare quel carattere economico a seconda delle circostanze: v. il caso Carraro-Masiero nel vol. II « Casistica ».

Vi sono poi dei casi in cui, più che il criterio di una prestazione « *appréciable à prix d'argent* », funziona quello di un contratto tipico usuale di scambio. Così nel caso della « compera » di una lettera familiare, ove, secondo la nostra mentalità e il nostro costume, gioca l'idea di un trasferimento della proprietà della lettera, proprietà che viene considerata come un bene oggetto di scambio, anche se per entrambe le parti essa ha soltanto un valore d'affezione. In questo caso l'intento di donare (con l'onere di far avere la lettera) o invece di comperare, è rilevante. La eccessività del compenso, nel secondo caso, potrebbe dar luogo soltanto ad impugnativa del contratto per vizio di consenso o per lesione, se nello stato di bisogno si fa rientrare anche la passione sfruttata dall'altro contraente (v. art. 129 c. civ. egiz.).

(2 bis) Perciò questo negozio, il *negotium mixtum cum donatione,* non è che l'inverso della donazione onerosa (con un onere avente carattere tipicamente economico), ove la causa principale è la liberalità. Cfr. a proposito del negozio misto con donazione, Mosco, *Onerosità e gratuità* cit. pag. 309 segg. e ivi le varie teorie sulla costruzione di questo negozio. Queste teorie non

In entrambi i casi, il fatto che si tratta di una controprestazione tipicamente economica, o possibile oggetto di un contratto tipico di scambio (o di altro a questo analogo), induce a non indagare sulla sufficienza della causa; e ciò, anche per l'esigenza della certezza e della stabilità dei rapporti giuridici, esigenza che si fa sentire particolarmente nei contratti di scambio tipici o usuali, appunto perchè d'uso e diffusi nella pratica degli affari. Ci si accontenta dell'intento delle parti di concludere un contratto di scambio (o prevalentemente di scambio), purchè, s'intende, la volontà sia libera e non viziata.

Soltanto in alcuni casi estremi il consenso o concorde intento non è rispettato: così, quando v'è un enorme divario, pur senza esservi lesione, fra le prestazioni, si tende a imporre il concetto di donazione e la relativa forma (3), nonostante l'intento di scambio. O, viceversa,

---

c'interessano pel nostro problema (*cause suffisante* e forma), salvo pel caso di enorme sproporzione (v. *infra* nel testo); nel qual caso la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, seguendo la tradizione, vedono una donazione soggetta al requisito formale, nonostante l'intento di scambio (v. autori citati da Mosco, *loc. cit.*). La teoria, che vede nel *negotium mixtum* un negozio indiretto (impiego di uno schema tipico, ad es. vendita, per uno scopo, donazione, diverso da quello del tipo impiegato), è portata invece a vedere un negozio di scambio anche in quest'ultimo caso, nonostante l'enorme sproporzione, che può giungere all'irrisorietà del corrispettivo, e nonostante il prevalente intento delle parti di fare una donazione (v. Ascarelli, *Contratto misto, negozio indiretto,* ecc., *Riv. del dir. comm.*, 1930, II, p. 462 segg., specie pag. 475 e altri autori citati dal Mosco, *loc. cit.*). Ma questa teoria, oltre che essere contraria alla nostra tradizione prima e dopo Pothier, arriva praticamente allo schema astratto del *bargain* proprio della *common law* (che il Mosco ignora!) ed è estranea allo spirito della *civil law*: v. *infra* § 30. Che poi, secondo la giurisprudenza francese (e l'art. 488 c. civ. egiz.), questo caso, assimilato alla simulazione, possa andare esente dal requisito formale, è altra questione (v. *infra* § 38 *sub d*).

(3) Per le citazioni v. autori a nota 6. Questo caso, come vedremo, dà luogo a gravi incertezze. La giurisprudenza francese è arrivata ad estenderlo anche all'ipotesi di un contratto aleatorio (rendita vitalizia), in cui l'alea, dal punto di vista dei casi comuni o normali, non sussiste o è quasi insussistente. V. il caso Blinn e altri nel vol. « Casistica ». Anche qui non si tratta ovviamente di realizzare un *potere* della volontà (v. sopra § 6), ma di proteggere il

quando il valore (oggettivo) delle due prestazioni è pressochè uguale, si considera l'atto come vendita o simili, nonostante l'intento e la qualifica di donazione. In queste ipotesi è ancora il criterio oggettivo che prevale (v. nota 2 bis).

2°) Se la controprestazione in senso lato non ha carattere tipicamente economico, o, come si suol dire, se essa non è « *appréciable à prix d'argent* », allora si tende ad applicare un criterio strettamente oggettivo che esclude di per sè la concezione di un contratto di scambio.

Dico « si tende », perchè in certi casi, ormai abbastanza tipici, si ammette l'idea del contratto di scambio, tenendo conto di un certo rapporto di proporzione fra il sacrificio del promissario e il *quantum* promesso dal promittente: la certezza non esiste in questa materia (4).

In base a quel criterio strettamente oggettivo, la controprestazione, non avente carattere tipicamente economico (5), si considera

---

promittente contro incaute deliberazioni o contro influenze sospette. V. § 23 e in questo senso anche la nostra nota al caso Orr v. Orr nella « Casistica ».

(4) Per esempio, il c. d. « contratto di compagnia », i casi dei premi sportivi, scientifici, a favore di agricoltori o industriali che otterranno certi risultati a loro favorevoli: v. *infra* nella « Casistica » le note ai casi Carrari-Masiero e Spitalieri-de Cessoles.

(5) Si tratta, ad esempio, dei casi in cui la controprestazione (in senso lato) consiste nei seguenti fatti o contegni: assumere il nome del promittente, tenere una buona condotta, non fumare, non bere, non giocare a carte, sposare un certo uomo, seguire la carriera ecclesiastica o altra, fare un viaggio o certi studi, o compiere certe opere che ridondano a vantaggio patrimoniale del promissario senza alcun interesse patrimoniale (ma sì, morale) del promittente, o certe opere che rientrano negli scopi dell'ente cui è fatta la attribuzione patrimoniale, ecc. ecc. v. il volume II « Casistica ». Pel diverso atteggiamento della *common law* v. *infra* § 26 e 30 e il Vol. II « Casistica ».

Alcuni di questi casi, nella dottrina, sono stati talvolta sussunti sotto il concetto di « donazione modale non onerosa » (v. Mosco, *op. cit.*, p. 332 segg. e autori ivi), intendendosi con ciò alludere, in fondo, al principio che *soltanto* quando la controprestazione in senso lato (v. sopra sub *a*) ha carattere patrimoniale o economico si può porre il problema se vi sia donazione *cum onere* o invece contratto di scambio (non formale). Il che significa che, se manca tale carattere, il contratto deve sempre considerarsi come donazione. Si veda

sempre come una *cause insuffisante,* cioè l'atto si considera sempre come una donazione col relativo requisito formale, anche se l'intento delle parti non era quello di compiere una liberalità, con la causa *secondaria* dell'onere, ma quello di fare uno *scambio,* ove tale controprestazione era la causa principale o anche *escluswa* della promessa (6).

---

tuttavia Mosco, *op. cit.,* pag. 212 segg., ove, citando il caso dell'assumere il nome del promittente, e la giurisprudenza francese (ben diversa dalla nostra - v. « Casistica »), quest'autore, con una certa contraddizione, e dimenticando che in diritto romano vigevano principii diversi (v. § 2), ritiene che basti anche una controprestazione non avente carattere patrimoniale, purchè l'intento delle parti sia diretto *principalmente* ad uno scambio.

(6) E' la corrente tradizionale fondata sulle note ordinanze francesi del 1539 e del 1731: v. POTHIER e altri autori cit. al § 5 sub *d*; WINDSCHEID, *Pandette,* § 368 nota 18 e giurisprudenza ivi cit.; PLANIOL, in nota al caso David, riferito nel vol. II « Casistica »; TRASBOT, nel *Traité pratique di Planiol e Ripert,* cit., vol. V, n. 315 (*Un simple intérêt moral ne peut être considéré comme une contrepartie suffisante de l'appauvrissement volontairement consenti*); v. anche il *Traité élém.* di PLANIOL, cit., III, n. 3688; ASCOLI, *Trattato delle donaz.* cit. p. 92 segg. e in nota al caso Carrari-Masiero (v. « Casistica »); Mosco, *op. cit.,* p. 332 segg. e altri autori ivi cit. (ma, quanto al Mosco, v. nota prec.). Cfr. anche BALBI, *Saggio sulla donaz.,* cit., p. 52 nota 1, p. 55, 63 e 82.

Implicitamente questa sembra anche la tesi di molti autori tedeschi, Dernburg, Hoeniger, Haymann, Oertmann, (sotto qualificazioni diverse dall'onere); v. la nota in appendice al presente § *sub f.* Implicitamente, sembra anche le tesi del Grassetti, v. nota in appendice al presente § *sub f.* Tutti questi autori non sempre trattano il problema direttamente o con piena coscienza della sua portata sul principio del nudo consenso; v. *infra sub f.*

Quanto alla giurisprudenza, quella italiana, dopo qualche oscillazione, sembra nel senso tradizionale. Quella francese, invece, se ne discosta (v. vol. II, « Casistica »); ma sorgono seri dubbi che non vi siano in essa delle affrettate generalizzazioni, e che la *cause suffisante* si presenti anche qui, sia pure sotto altro aspetto (v. *infra* § 17 e le nostre note nella « Casistica »).

Il carattere tradizionale della corrente in esame sembra confermato dal Codice della Lousiana, molto interessante in proposito, in quanto il suo autore, Edward Livingston, ben informato su Pothier e sui precedenti del cod. Nap., cercò di dare al codice della Louisiana un contenuto concreto, quasi quello di un libro istituzionale di diritto civile.

Nell'art. 1523 si distinguono tre specie di donazioni:

1) quella *purely gratuitous, or made without condition and merely from liberality;*

2) *la onerous donation, which is burdened with charges imposed on*

In questo caso è ancor più forte la limitazione al principio del nudo consenso (6 bis), poichè si impone uno schema causale-formale (la donazione come negozio tipico o causale e formale), nonostante il diverso intento delle parti. Del resto, anche se l'intento delle parti è in effetti quello di fare una donazione, con la causa secondaria dell'onere, una limitazione al principio del nudo consenso sussiste sempre nel requisito della forma.

Ne nasce un certo atteggiamento di diffidenza della *civil law* rispetto a questi contratti di scambio *particolarmente* atipici o innominati, in cui vi è un *dare,* avente carattere tipicamente economico, in cambio di una controprestazione non avente tale carattere.

Sicchè, come meglio vedremo anche nel vol. II «Casistica», sotto questo aspetto il problema è *quello del contratto innominato di scambio* (di un dare con un fare o non fare).

Tale diffidenza e la conseguente limitazione del principio del nudo consenso non dipendono dal pretesto requisito della funzione economico-sociale del contratto (v. *infra* § 19, nota 13); non dipendono, così, dal fatto che la controprestazione, non avente carattere eco-

---

the donee;

3) *la remunerative donation, the object of which is to recompense for services rendered.*

Art. 1524: « *The onerous donation is not a real donation, if the value of the object given does not manifestely exceed that of the charges imposed on the donee* ».

Art. 1525: « *The remunerative donation is not a real donation, if the value of the services to be recompensed thereby being appreciated in money, should be little inferior to that of the gift.* »

Art. 1526: « *Onerous and remunerative donations. Value. Rules applicable. In consequence, the rules peculiar to donations inter vivos do not apply to onerous and remunerative donations, except when the value of the object given exceeds by one - half that of the charges or of the services.* ».

V. anche l'art. 2464.

I criteri seguiti da questo codice sembrano strettamente oggettivi, in quanto fondati sulla possibilità di una valutazione pecuniaria della *charge* o dei servizi resi.

(6 bis) Cioè la limitazione al principio della sanzionabilità (azionabilità) della promessa nuda: v. sopra § 6.

nomico, rappresenta un interesse futile, capriccioso o simili per chi la richiede (7).

Dipendono, invece, da due esigenze:

— quella di proteggere, richiedendo lo schema formale-causale della donazione, il promittente e la sua famiglia contro delle deliberazioni che potrebbero non essere sufficientemente ponderate, dato il carattere non tipicamente economico della controprestazione (v. sopra sulla funzione di questa forma, § 8);

— quella della certezza, data la difficoltà di accertare, in mancanza di quel metro oggettivo che è la tipicità economica, quale sia il valore della controprestazione e il suo rapporto di proporzione o sufficienza rispetto al bene promesso (o alienato); e data la difficoltà di accertare, in questi casi atipici, quale sia la causa secondaria e quale la principale.

In realtà, come vedremo anche a proposito della *causa praeterita* (v. § 11), queste due esigenze o ragioni fanno tutt'uno. Invero, se la controprestazione non è *appréciable à prix d'argent* (cioè non ha carattere tipicamente economico), come si fa, in mancanza di questo metro oggettivo, a paragonare le due prestazioni e così a stabilire se la controprestazione è una *causa suffisante* a proteggere il promittente e la famiglia? Solo le parti ce lo possono dire, cioè ce lo può dire soltanto il criterio soggettivo della causa principale o secondaria: criterio quanto mai labile (7 bis). Tanto che una nota del Dalloz al caso

(7) V. *infra* § 19 *sub a* e *sub b* nota 13. Anche in questi ultimi casi, infatti, la promessa di dare o l'alienazione è valida, purchè sia rivestita dello schema formale-causale della donazione.

Anche qui gli equivoci insiti nei concetti di potere della volontà, di riconoscimento del contratto come affare, ecc. (v. sopra § 6), hanno giocato il solito tiro. Non si tratta di vedere se chi ha richiesto quella controprestazione possa domandarne in giudizio l'esecuzione o il risarcimento dei danni per soddisfare il suo interesse « capriccioso o futile »; ma si tratta di vedere se la promessa, che egli ha fatta per la detta controprestazione, specialmente se questa è stata eseguita, debba essere mantenuta in giudizio.

(7 bis) Una clausola penale, in quanto liquidazione (convenzionale) in danaro dell'interesse alla controprestazione (in sè non *appréciable à prix d'argent*), permetterebbe la comparazione fra il valore delle due prestazioni. Senonchè, per proteggere il promittente e la sua famiglia, si tratta di valutare

Bardet (v. Vol. II « Casistica») arriva, per l'esigenza di certezza, all'estremo opposto, cioè a dire che, data quella difficoltà, conviene in genere considerare il contratto come commutativo e così esente dalla forma della donazione!

Perciò il carattere tipicamente economico della controprestazione è un *presupposto imprescindibile* del criterio *oggettivo* della *cause suffisante*!

c) Le tendenze verso un criterio soggettivo.

Queste tendenze estendono il criterio soggettivo accennato *sub b*, 1°, anche al caso di controprestazione non avente carattere tipicamente economico. E precisamente, anche in questo caso, fanno dipendere la soluzione del problema (se vi sia donazione con onere, formale; o contratto innominato di scambio, non formale) dall'intento delle parti; o, con concezione « tecnica » e con nomi che non cambiano la sostanza, dal vedere se quella controprestazione è stata la causa *principale* (nel qual caso si avrebbe scambio) o *secondaria* (nel qual caso si avrebbe donazione) (8).

In pratica, poi, nella giurisprudenza francese, questa corrente arriva talvolta per vie diverse a concepire il contratto come contratto innominato non formale di scambio, anche quando l'evidenza dei fatti mostra che la controprestazione era la causa secondaria (v. vol. II « Casistica »). Ma v'è anche, spesso, la difficoltà dell'indagine sulla causa principale e su quella secondaria; sicchè, nell'incertezza, si pre-

---

la controprestazione dal punto di vista *oggettivo* della coscienza comune, e non da quello soggettivo insito nella suddetta clausola penale.

(8) Cfr. Von Tuhr, *Allg. Teil* cit., vol. III § 75 p. 168; Mosco, cit. a nota 5. Molti autori adottano il criterio dello scopo principale o secondario, ma è dubbio se si riferiscano al caso di controprestazione non avente carattere economico.

La dottrina francese segue spesso questo criterio anche per questo caso. Ma v. nota seg.

Quanto alla giurisprudenza francese, è la corrente dominante: v. vol. II « Casistica ».

ferisce *trancher* la questione, adottando la soluzione del contratto di scambio (v. nel vol. II la nota del Dalloz al caso Bardet, testè cit.); proprio il procedimento opposto a quello seguito dalla corrente tradizionale.

In fondo, la questione della *charge* non avente valore tipicamente economico si potrebbe porre anche dal punto di vista dell'onere della prova. E precisamente, dato il carattere *atipico* o non usuale di un contratto di scambio con controprestazione non avente valore tipicamente economico, si potrebbe in linea di massima presumere che vi sia l'intento di donare: sicchè, chi sostiene in giudizio la validità del contratto nonostante il difetto di forma, dovrà provare che la causa principale o addirittura esclusiva fu la detta controprestazione. Oppure, in vista di un certo carattere eccezionale dell'intento di donare, si potrebbe presumere che l'intento delle parti fu quello di fare un contratto di scambio; e allora chi in giudizio sostiene trattarsi di una donazione, nulla per difetto di forma, dovrà provare che la causa principale fu la liberalità.

Il primo procedimento ci avvicina alla corrente menzionata *sub b*, date anche le difficoltà della prova; esso, se non vado errato, sembra sostanzialmente seguito da una parte della dottrina tedesca. Il secondo procedimento sembra quello seguito talvolta dalla giurisprudenza francese.

Si faccia l'esempio classico di A che dà o promette di dare a B una somma o altro bene, con che B assuma il nome di esso A. Se si riesce a provare che B resisteva ad assumere quel nome, magari pel valore negativo che questo aveva per lui o per l'attaccamento al nome di nascita, e che soltanto per vincere quella resistenza fu data o promessa la somma, si avrà contratto di scambio. Se invece B non aveva alcuna ragione per resistere, si potrà pensare ad una donazione.

Ma anche l'elemento *oggettivo* dell'ammontare della somma o del valore del bene promesso avrà importanza, perchè potrà servire a stabilire un rapporto di proporzione, anche non economica, fra le due prestazioni, la somma e l'assunzione del nome. Che se la somma equivaleva press'a poco a un compenso per le spese, il disturbo,

la perdita di tempo ecc. derivanti dall'assunzione del nome, vi sarà contratto di scambio, credo, anche secondo l'opinione menzionata sopra *sub b;* in questo caso, invero, l'obbligazione della somma avrà come « causa » non l'assunzione del nome, ma il compenso per le spese, il disturbo ecc. suddetti.

d) La tendenza verso un opposto criterio oggettivo.

Questa corrente ritiene che sempre, quando v'è una controprestazione, anche non avente carattere tipicamente economico, la promessa di dare (o l'alienazione) non deve considerarsi come donazione. La concezione presenta qualche analogia con quelle del diritto romano e medievale e della *consideration* nella *common law,* se non fosse che queste si ispirano a criteri formali e quella al criterio psicologico dell'interesse, causa o *but* (9).

e) La portata pratica delle correnti menzionate sub c e sub d. Le donazioni a un ente morale.

Un'osservazione occorre far presente qui, come s'è fatta presente al § 9 in fine: e cioè che, per le ragioni colà menzionate, le teorie di che *sub c* e *sub d,* vanno prese con beneficio d'inventario. Quanto al diritto effettivamente vigente nella prassi giurisprudenziale, esse rappresentano assai spesso delle affrettate generalizzazioni, mentre le ragioni profonde del decidere dei giudici sono diverse. Sicchè la *cause suffisante* rimane, ove più ove meno, e sotto vari aspetti, un requisito *oggettivo* dell'obbligazione di dare contratta in vista di una controprestazione non avente carattere tipicamente economico, cioè rispetto a questi speciali contratti atipici o innominati: un requisito

(9) Questa corrente, francese, si ricollega a quella menzionata al § 9 note 2, 4, 8 e 10, alle quali quindi rinviamo per le citazioni. Abbiamo notato come, in pratica, anche la corrente menzionata sub *c* deve arrivare a questa soluzione data la difficoltà di ricercare la causa principale e di stabilire l'importanza di una controprestazione non avente carattere tipico.

oggettivo in alternativa con quello dello schema formale-causale della donazione. Il che avremo occasione di vedere nel Vol. II (« Casistica »). Che il requisito della « cause suffisante » diventi ancor più elastico e dia luogo ad ancor più gravi incertezze, non esclude che esso sussista.

La lotta fra le correnti menzionate alle precedenti lettere *b, c, d,* si manifesta in un campo importantissimo nella pratica: quello delle « donazioni » a un ente morale, ove il problema si pone per il fatto che il promittente (o alienante) tende a realizzare, direttamente o indirettamente, un interesse morale (lo scopo dell'ente). E' un caso molto importante anche per la *common law*. Come abbiamo visto, era questo un caso tipico per Pothier, in cui egli negava il contratto di scambio e esigeva la forma, in quanto l'onere non era *appréciable à prix d'argent* (v. sopra § 5 *sub d*).

Un capitolo della nostra « Casistica » sarà consacrato a questi casi.

f) Altre « teorie » sulla distinzione della donazione cum onere o « sotto condizione » dal contratto di scambio: confusione fra problemi diversi.

Abbiamo sopra menzionato le principali correnti che dominano nella *civil law,* cercando di sceverarle dalle pure « teorie » e dalla confusione che sovente queste fanno con problemi diversi dal nostro.

Una ridda di simili « teorie » esiste a questo proposito; ma esse vanno considerate con molta cautela nei riguardi del diritto positivo, cioè di quello effettivamente vigente.

1°) Anzitutto queste teorie, che si riferiscono assai spesso ai *vari* problemi concernenti il concetto « *generale* » di contratto a titolo oneroso e di contratto a titolo gratuito, non si sono accorte che sotto questo aspetto generale, o anche sotto quello particolare della donazione *cum onere,* stavano trattando nientemeno che uno dei problemi fondamentali concernenti il principio del nudo consenso e le sue limitazioni. Non salta agli occhi di questi autori il problema della forma della donazione, del concetto tecnico di donazione come schema causale-formale, e così della *cause suffisante,* come limitazione a quel principio. Per analoga ragione sfugge loro

la portata di tale problema sull'atteggiamento della *civil law* rispetto ai contratti *innominati* (o atipici) contenenti un'obbligazione di *dare*: cioè, in fondo, la portata di quel problema sullo spirito della *civil law* in materia contrattuale (10).

Ne è responsabile il pregiudizio sul valore del nudo consenso, accompagnato, questo pregiudizio, dal fatto che i nostri codici non parlano della *cause suffisante* fra i requisiti del contratto (v. § 13 *sub e*). Ma non è soltanto questo.

La tendenza alle astratte generalizzazioni e al concettualismo, che travaglia quasi tutta la dottrina della *civil law*, ha deviato l'attenzione degli autori dal problema testè accennato.

La mancanza di un metodo storico-comparativo e casistico (nel senso della *law in action* nella prassi) ha impedito a quegli autori di accorgersi che stavano trattando, confuso con altri, il *problema del contratto* nella *civil law*. Gli stessi autori, sol che avessero posto mente ai problemi che si agitavano nel diritto romano-giustinianeo, in quello medievale e nella *common law* attorno alla donazione, al contratto atipico e in genere alla promessa (anche di un *facere*) a titolo gratuito, si sarebbero accorti che, in fondo, questo era il problema del contratto; che, cioè, in fondo, questo era il banco di prova per intendere lo spirito dei vari sistemi giuridici storici (cioè reali) nel risolvere il problema della responsabilità contrattuale (v. Prefazione e *infra* § 13 *sub c* e § 24 sull'importanza dei contratti atipici e gratuiti).

La mancanza di quel metodo ha fatto sì che le teorie in parola rappresentano lo sforzo di ragionamenti astratti, cioè delle « costruzioni », che assai spesso non si sa su che cosa siano fondate e che altrettanto spesso assomigliano alla classica « *pictura in tabula* ». Neppur passa per la testa agli autori di simili teorie tutto il travaglio che ha preceduto e accompagnato le ordinanze francesi del 1539 e 1731 e che sembra risolto e acquietato in Pothier; nè le importantissime ragioni *pratiche* di questo travaglio e della finale soluzione (v. sopra sub *b*).

2) In secondo luogo, e per lo stesso vizio radicale, quelle teorie hanno confuso il nostro problema (*cause suffisante* e forma nelle obbligazioni di dare), trattandolo, sotto il « concetto generale » di gratuità e onerosità, assieme con altri diversi problemi, quali: i problemi delle così dette *règles de fond* della donazione e di altri contratti a titolo gratuito, regole concer-

(10) Analoghe osservazioni sono da fare circa la portata dei problemi concernenti la donazione in genere (v. §§ 8 e 9) e di quelli concernenti le promesse di *fare* (in senso lato) a titolo gratuito (v. *infra*, § 14).

nenti la quota di riserva, la collazione, la pauliana, i divieti di donare, e i problemi della sanzione per inadempimento (risoluzione del contratto, azione per l'esecuzione, ecc.) nei contratti a titolo oneroso in genere o nelle donazioni *cum onere* in ispecie, ecc. (11).

Anzi, assai spesso neppur si dice in vista di quali problemi viene costruito il concetto *generale* di onerosità e gratuità: il che conferisce a questo concetto un carattere ancor più astratto. Si invocano il concetto e la disciplina (particolari) della donazione *cum onere* come argomento generale per certe tesi concernenti anche altri contratti.

Neppur si pensa che v'è o vi può essere un concetto particolare e « storico » (non astratto) della gratuità nelle obbligazioni di *dare* e quindi, per queste, un particolare problema.

E' questo uno dei tanti prodotti del nostro nefasto interesse per le gegeneralizzazioni e per i connessi ludi classificatorii o concettualistici. Ciò che attira *sopratutto* l'attenzione di queste teorie è la prestazione con carattere patrimoniale come il terreno di più facili generalizzazioni; sicchè sfugge l'imponente fenomeno dei moderni contratti atipici o con prestazioni non tipicamente economiche, in relazione specialmente alla donazione *cum onere* o anche allo schema formale-causale della donazione in genere (v. § 13 *sub a* e *sub c* e § 24).

Destreggiarsi nel labirinto di queste teorie e capire di qual problema esse vogliano trattare non è sempre facile.

NOTA. Non è possibile citare tutte queste teorie senza rendere eccessivamente pesante un corso di lezioni. Ci limitiamo a qualche cenno.

1°) Teoria del contratto a titolo oneroso come scambio di obbligazioni reciproche: Hoeniger, *Die Gemischte Verträge in ihrem Grundformen, München und Leipzig,* 1910, p. 253 segg. § 8, VII e gli altri autori tedeschi citati da Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici,* Milano, 1942, pag. 179 segg. Questa teoria ovviamente trascura i contratti innomina-

(11) Per questo generico concetto della « onerosità » o « gratuità », cfr. Mosco, *op. cit.;* e recentemente Tilocca, *Onerosità e gratuità,* in *Riv. Trim. di dir. e proc. civile,* 1953, I, pag. 53 segg. e gli autori citati in questi due lavori; cfr. del resto, gli autori *infra* citati.

L'appunto non si può fare al Dalloz, *Nouveau Répertoire de Droit,* Paris, 1948, voce *Donation,* n. 27 a 32, che parla del *caractère relatif de la notion de donation,* relatività che dipenderebbe dai problemi che si vogliono considerare, quelli concernenti le *règles de fond* oppure quelli concernenti i rapporti fra le parti.

ti romani, quelli reali medievali e la *executed consideration*, ammissibili anche oggi se tale è la volontà delle parti, nei quali la controprestazione non è in *obligatione* (v. anche sopra *sub a*). Essa implica nel tempo stesso che la donazione *cum onere* è un contratto oneroso, se l'oggetto dell'onere è in *obligatione*. E', questo, un segno manifesto che la teoria in parola tratta dell'astratto « concetto » di onerosità, anzichè dei vari e diversi problemi concreti, fra cui quello della forma e della *cause suffisante;* chè indubbiamente, anche per quella teoria, la donazione *cum onere,* pur essendo da essa compresa nel concetto di contratto oneroso, è soggetta al requisito di forma (12).

Tuttavia questa teoria sembra implicare, in modo piuttosto avviluppato, che non v'è nemmeno donazione *cum onere,* ma *sempre* donazione pura (al massimo *sub condicione*), soggetta *sempre* al requisito di forma, quando il contegno imposto al « donatario » non è suscettibile di valutazione economica. Sarebbe così rappresentata, in modo *molto* oscuro, la corrente tradizionale (menzionata sopra *sub b*). Infatti, in tal caso, non è pensabile l'assunzione di un'obbligazione, per la pratica impossibilità (nel sistema in cui opera questa teoria) della sanzione dell'esecuzione forzata o del risarcimento dei danni (13). In conformità il Hoeniger considera *sempre* come donazione non onerosa e quindi sempre come contratto soggetto al requisito formale, l'atto con cui si promette di dare qualcosa imponendo all'altra parte un contegno che sta nel suo interesse (v. sopra nota 5).

---

(12) In realtà il Hoeniger si preoccupa dei problemi della sanzione in caso di inadempimento e della impossibilità della prestazione, invocando all'uopo gli artt. 320 segg. c. civ. germanico (*op. cit.,* p. 260-261). Ma queste regole possono applicarsi all'onere, pur sussistendo il requisito di forma.

(13) Si trascura, a vero dire, la possibilità di una clausola penale, per l'inadempimento dell'onere. Il che fa notare anche il Mosco, *op. cit.,* p. 330-331. Quest'autore, tuttavia, si impelaga poi nella questione dell'interesse del creditore alla prestazione (v. *infra* § 20), per vedere se con la clausola penale si possa avere (contro la teoria del Hoeniger e simili) una donazione *cum onere* in senso proprio; questione, la quale non ha nulla a che vedere col nostro problema. Vi può essere donazione *cum onere,* soggetta al requisito di forma, nonostante la clausola penale, la quale servirà al massimo per mostrare che l'onere non avente carattere patrimoniale era la causa principale (se si accoglie la teoria menzionata sopra alla lettera *c*). Di più, ciò che conta, ai fini del contratto oneroso non formale, non è l'interesse (patrimoniale o meno) del creditore alla controprestazione, ma il fatto che il debitore debba sopportare un sacrificio patrimoniale per eseguirla (v. *infra* § 13 *sub b*).

Il tradizionale criterio oggettivo della *cause suffisante,* di che sopra *sub b,* è qui riprodotto, sia pure per vie traverse.

2°) Teoria dell'onere come mera limitazione o diminuzione dell'attribuzione patrimoniale fatta al donatario (v. OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte,* München, 1912, e *Bürgerliches Gesetzbuch,* Berlin, vol. II, 1929, § 525 e autori ivi cit.). E' questa, più o meno ringiovanita e forzata, una vecchia teoria circa la *donatio sub modo*: v. sopra pel diritto romano § 2 *sub d* nota 19. Con ciò si vuol alludere ovviamente all'onere avente un oggetto *patrimoniale* non troppo diverso dall'oggetto donato: e qui in definitiva opereranno ancora i criteri soggettivi della causa principale e della causa secondaria. Ma per l'onere *non avente carattere patrimoniale,* sembra si debba accogliere l'idea che non c'è mai o c'è sempre donazione o che la causa principale o secondaria decide! (v. OERTMANN, *Ent. Geschäfte,* p. 52 che si riferisce al caso *romano* dell'assunzione del nome!).

3°) L'onere come prestazione di un *quid diverso* dall'oggetto donato: se si tratta di spendere parte di quest'ultimo, vi sarebbe mandato: ASCOLI, *Trattato delle donazioni* cit., p. 218. Questa teoria concerne l'onere avente carattere patrimoniale; v. infatti *infra* sub 4°. Per la critica, Mosco, *op. cit.* p. 335 segg. In relazione a questo problema v. anche GRASSETTI, *Donazione modale e fiduciaria,* Milano, 1941, p. 37 segg.

4° Teorie che negano la donazione *cum onere* e affermano l'esistenza di una *semplice* donazione condizionata o un *modus simplex,* quando il donante impone un determinato uso della cosa a vantaggio dello stesso donatario (HOENIGER, *op. cit.,* p. 257; HAYMANN e OERTMANN sopra citt.), o anche quando la prestazione o contegno imposto non ha carattere patrimoniale (GRASSETTI, *op. cit.,* pagg. 28 segg.) (14). Queste teorie impli-

(14) Cfr. anche la sentenza Tribunale Cagliari, 7 dicembre 1948, Cillocco c. Sedda, in *Rep. Foro it.* 1949, voce *Donazione,* n. 39: « Nella donazione modale non si ha *modus* in senso proprio, quando sia posta a carico del donatario *non un'attività economicamente apprezzabile,* ma bensì il dovere di comportarsi con filiale affettuosità verso il donante ».

Il Grassetti argomenta dalla considerazione che, se l'onere è a vantaggio del donatario, il donante non potrebbe agire per l'adempimento, non avendovi interesse (ma v. nota 13). Un altro argomento egli trae dall'art. 793, n. 3 c. civ. ital., per cui la garanzia per evizione è dovuta dal donante sino a concorrenza dell'ammontare dell'onere; il che implicherebbe il carattere patrimoniale di questo. Ma con ciò si trascura il caso di onere costituente un sacrificio patrimoniale pel donatario, senza un interesse patrimoniale pel donante. V. comunque *infra* § 15 in fine.

cano, più o meno direttamente, e per motivi più o meno diversi, l'accoglimento della teoria tradizionale menzionata sopra *sub b* nota 6. Invero, se l'atto non è *neppure* una donazione *onerosa,* esso, evidentemente, è soggetto al requisito di forma.

Questo breve *excursus* mostra che, pur attraverso tante oscurità e tante confusioni con problemi diversi, nella dottrina prevalente, anche germanica, affiora talvolta il criterio *oggettivo* e tradizionale della *cause suffisante* rispetto all'obbligazione di *dare* avente come «causa», più o meno principale, una controprestazione, in senso lato, priva di carattere tipicamente economico (15).

§ 11

Continua: La causa praeterita nelle obbligazioni di dare: servizi resi e obbligazione naturale in genere

a) Il problema della causa praeterita come problema in genere dell'obbligazione naturale.

Come ormai sappiamo, una questione analoga a quella menzio-

Comunque, come s'è osservato sopra sub 1°, tutta questa concezione coi relativi problemi non tocca il problema della forma della donazione, se non indirettamente, in quanto tale concezione implicherebbe che la donazione, non essendo *neppure* onerosa, è sempre soggetta al requisito di forma, cioè che un onere non patrimoniale è *sempre* una *cause insuffisante* per escludere lo schema formale-causale della donazione.

(15) L'OERTMANN, *Bürg. Gesetzbuch,* loc. cit., § 525, osserva tuttavia che nella dottrina (Planck, Ennecerus, Von Tuhr, sul quale ultimo v. sopra, nota 8) e nella giurisprudenza del *Reichsgericht* prevale la teoria soggettiva, secondo la quale tutto dipende dall'intenzione delle parti di considerare o meno l'onere come corrispettivo (controprestazione). Ma, aggiunge quest'autore, la questione non è ancora definitivamente risolta: per la teoria oggettiva (menzionata sopra nel testo *sub* 2) starebbe, secondo l'Oertmann, la considerazione di una maggior certezza della distinzione fra contratto di scambio e donazione con onere, cioè una maggior certezza dei rapporti giuridici; starebbe anche il § 526 c. civ. germ.

Senonchè non è sempre chiaro se le due teorie prendano in considerazione *soltanto* il caso di onere avente valore tipicamente economico (come talvolta pare) o anche il caso di onere non avente tale valore.

nata al § 10 rispetto alla sufficienza della causa *presente* e *futura* nelle obbligazioni di dare, si è presentata e si presenta a proposito della *causa praeterita.* Sussistono, rispetto a questa, le stesse correnti giurisprudenziali e dottrinali che abbiamo visto esistere rispetto a quella, più una terza corrente, la quale esclude che la *causa praeterita,* l'obbligazione naturale possa mai essere *cause suffisante* per una promessa non rivestita dello schema formale-causale della donazione.

In realtà, tutto il problema della *causa praeterita* si riduce a quello di vedere se un dovere *non* giuridico (nel senso lato di dovere che non dà luogo ad azione) sia *causa sufficiente* di una promessa di dare: s'intende, di una promessa non rivestita dello schema formale-causale della donazione (*pactum nudum*) (1). Infatti, la *causa praeterita,* come servizio reso o prestazione eseguita gratuitamente nel passato (2), non è oggi che un caso nel problema degli effetti del dovere *non* giuridico (obbligazione naturale in senso lato) (3); e questo dovere, a sua volta, rappresenta in certo senso una *causa prae-*

---

(1) In tal senso va inteso l'art. 202 c. civ. egiziano: « L'obligation naturelle peut servir de cause à une obligation civile ». Evidentemente questa « cause » è la *cause suffisante* nel senso di cui sopra rispetto al concetto tecnico e alle forme della donazione. Più chiaro, in questo senso, l'art. 239 c. svizzero obbligaz.

La nostra Corte di Cassazione, in causa Rovatti-Sighinolfi (v. il vol. II « Casistica »), discutendosi se nel caso si trattasse di un'obbligazione naturale, ne diceva essere quest'indagine decisiva « Giacchè, eventualmente esclusa l'obbligazione naturale, ed ammesso invece il puro obbligo di coscienza, ne consegue che *se* anche questo ultimo possa costituire *idoneo* motivo per l'assunzione di una successiva obbligazione civile, tale obbligazione non può che sostanziarsi in un atto di liberalità, soggetto per questo alle forme imposte dalla legge ». Quest'ultimo principio (e cioè che ogni motivo, che non sia illecito, è idoneo all'assunzione di un'obbligazione nelle forme della donazione), non aveva bisogno di essere menzionato, tanto è ovvio!

(2) In questo senso era intesa la causa (come l'opposto della *res* o *causa data*) nei testi romani: v. D. XII, 6, 52 pr. e § 2.

(3) Già così l'intendevano i nostri dottori: v. sopra § 4 nota 8; Richeri e Pothier citt. al § 5 nota 22. Cfr. anche Maury, *Essai sur la notion d'équivalence,* Thèse, Toulouse, 1920, pag. 42-57. Analoga concezione si ritrova nella sentenza della nostra Cassaz. 17 luglio 1948 in causa Stella v. Gangemi, *Fo-*

terita o una *causa preesistente* alla promessa (4). In tutti questi casi manca l'elemento di una prestazione in senso lato (compreso l'onere) *richiesta* attualmente o come oggetto di una controbbligazione: prestazione che è la causa presente o futura.

I problemi che si presentano oggi pei servizi resi e per l'obbligazione naturale in senso lato sono gli stessi. Si tratta, cioè, di vedere se il preesistente dovere non giuridico, per poter essere *cause suffisante* di una promessa (5), debba: *a*) essere *appréciable à prix d'argent* (6), e *b*) essere inoltre sentito in un certo modo dalla coscienza

---

ro it., 1949, 1, 951, la quale assimila alle donazioni rimuneratorie quelle fatte per la riparazione di un torto (seduzione).

Anche gli autori (v. D'Angelo e Oppo *infra* citt.), i quali contestano che dai servizi resi nasca un'obbligazione naturale in senso tecnico capace di eliminare l'esigenza della forma dalla donazione, ammettono che dai servizi resi nasce un dovere (di rimunerarli) che in astratto presenta tutti (Oppo) o alcuni (D'Angelo) dei caratteri dell'obbligazione naturale. Che dai servizi resi, in quanto patrimonialmente estimabili, nasca una obbligazione naturale in senso tecnico è opinione assai diffusa: Bonfante, in *Scritti giur. vari* cit., III, p. 17; Gangi, in *Scritti giur. vari*, Padova, 1933, I, p. 407-408 e 458; Barassi, in *Nuovo Digesto*, voce Obblig. nat., p. 1267; Maury, *op. e loc. citt.*; Crome, *Teorie fond. delle obbligaz. nel dir. civ. francese*, traduz. ital. cit., p. 18 segg. e 20; Planiol, *Traité pratique* cit., V, p. 332 e altri.

(4) Perciò, come vedremo, nella *common law* il problema della *moral obligation* viene trattato assieme a quello della *past consideration*: v. *infra*, § 28.

Si tenga presente in proposito che il presupposto del problema dei servizi resi è che essi non diano luogo di per sè ad azione in giudizio (v. tuttavia l'equivoco passo di Pothier citato sopra § 5 *sub d*): o perchè non furono resi con l'intento concorde, tacito o risultante dall'uso, di un futuro corrispettivo, o perchè, comunque, non ne nasce azione (a parte il caso di servizi immorali). Cfr., quanto al primo caso, D. XIX, 5, 22, (citato *infra* al § 28 *sub a*) e la storia dell'*indebitatus assumpsit* nella *common law* (v. *infra* § 26). Il problema concernente il primo caso si presenta ancor oggi nella *common law* quanto alla *past consideration* (v. *infra* § 28 *sub a*).

(5) S'intende, non rivestita dello schema formale-causale della donazione. Parliamo qui di causa sufficiente rispetto ad una *promessa* di dare e non rispetto al c. d. pagamento o *datio immediata*, perchè, in questo secondo caso, il problema si presenta sotto un aspetto assai diverso, benchè troppo spesso confuso con quello della promessa (v. *infra sub c* e *sub d*).

(6) Questo requisito si suol anche esprimere dicendo che il dovere morale deve avere « carattere o contenuto patrimoniale »: Bonfante, *Le obbliga-*

sociale, e quindi, quanto a questo secondo punto, se il *quantum* promesso debba essere proporzionato, nell'apprezazmento comune o sociale, alla importanza di quel dovere (7). *Oppure,* se basti un qualun-

---

zioni naturali nel diritto civile italiano, in *Scritti giuridici vari,* vol. III, pag. 12 segg.; e in altri studi ivi riprodotti a pag. 30 segg. e 41 segg. E' la concezione dominante in Italia. Cfr. anche MAURY, *op. e loc. citt.* Del resto, ciò è un presupposto indispensabile del secondo requisito, se la coscienza sociale deve poter controllare anche il *quantum* promesso (v. sopra § 10 sub *b*).

Ora, questo requisito del « carattere patrimoniale » non fa che riprodurre il requisito dello « *appréciable à prix d'argent* », posto dagli autori di diritto comune e dai moderni a proposito del servizio reso.

Infatti, « dovere avente carattere o contenuto patrimoniale » non altro significa che un dovere di cui la coscienza sociale o comune può stabilire la portata *en argent.* Ciò non significa, invece, che il dovere non possa essere adempiuto se non mediante una prestazione patrimoniale: v. OPPO, *Adempimento e liberalità,* Milano, 1947, p. 257 seg. e ivi la critica alla contraria opinione del D'Angelo.

(7) Per i servizi resi i due requisiti si riducono praticamente al primo, dato che, se essi sono *appréciables à prix d'argent,* la coscienza sociale vede qui quasi sempre un dovere morale di ricompensarli, tanto che i dottori del diritto comune ricorrevano all'idea della permuta o del pagamento in senso proprio (v. sopra § 4 nota 8 e § 5 nota 22). Il secondo requisito si presenta soltanto rispetto al *quantum* proporzionato (secondo la coscienza sociale).

Tanto per intenderci, i due requisiti, applicati al caso dei servizi resi, significano, per esempio, che, se io prego un'amica di mia madre, rimasta da poco vedova, di andare a convivere con lei e di consolarla, questo servizio, reso, non può costituire la base di una successiva promessa non formale, perchè esso non è suscettibile di valutazione economica. Ma v. il caso Carrari-Masiero nella « Casistica » e altri casi ivi citati. Del resto, decisiva è la coscienza comune circa ciò che è servizio suscettibile di valutazione economica (v. § precedente, nota 2).

Viceversa, se un chirurgo ha gratuitamente operato e curato Tizio, perchè povero, questo servizio, in quanto suscettibile di valutazione economica, può essere la base di una successiva promessa di ricompensa. Ma supponiamo che Tizio, essendo divenuto molto ricco, prometta una somma di molto superiore al valore (corrente) di quei servizi, e ciò faccia, non per spirito di liberalità, ma perchè nella sua valutazione e nella sua coscienza *individuale,* il debito di riconoscenza è enorme, appunto perchè l'avergli salvato la vita gli ha permesso di diventare ricco. In tal caso la promessa, senza le forme della donazione, non è valida, benchè donazione non sia nella coscienza individuale. La giurisprudenza francese è anche arrivata a ridurre, in simili casi, l'ammontare della promessa.

que dovere, non aventi quei caratteri, è sentito, anche per il *quantum*, esclusivamente nella coscienza individuale del promittente.

Ora questo problema si riallaccia alle diverse concezioni della così detta obbligazione naturale, concepita, com'è noto, da alcune correnti nel primo senso (dovere avente carattere patrimoniale e riconosciuto dalla coscienza sociale), da altre correnti nel secondo.

b) *Le tre correnti dominanti.*

Come si è accennato, ritroviamo qui, anche per la *causa praeterita* in senso lato, le due correnti menzionate al § precedente per la causa presente e futura, più una terza.

E precisamente:

1°) La corrente tradizionale, per cui la *causa praeterita*, in quanto *cause suffisante* di una promessa non rivestita dello schema formale-causale della donazione, deve rispondere ai due requisiti testè menzionati. Questa corrente corrisponde alla concezione ristretta dell'obbligazione naturale (8).

---

(8) Per le citazioni di autori rinviamo al § precedente nota 6; v. ivi anche il codice della Louisiana. V. anche Windscheid cit. al § 9 nota 5.

Questa era sostanzialmente l'opinione anche di Pothier (ma soltanto pei servizi resi: v. nota 17), nonostante che questa sua opinione sia stata oggetto di un grave equivoco: v. *infra* nota 17.

Cfr. inoltre: Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 353 segg. e autori ivi citati (ma quanto all'opinione dell'Oppo pei servizi resi, v. *infra* in questa nota); Trasbot, *Traité Pratique* di Planiol cit. V, n. 319 (mentre nel vol. II dello stesso *Traité* n. 993-994, si sostiene l'opinione di cui alla nostra nota 10).

Quanto alla giurisprudenza, rinviamo al vol. II, « Casistica ».

Pare che tale sia anche l'interpretazione corrente che si dà al cit. art. 202 del Cod. civ. egiziano.

D'Angelo (*La donazione rimuneratoria*, Milano, 1942, p. 37 e 76 segg., specie p. 102-117) e Oppo (*op. cit.*, p. 166, 169, specie p. 245-271) sostengono che i servizi resi, al di fuori dei regali d'uso, non possono mai valere ad escludere la forma della donazione, anche quando si tratti di servizi « patrimonialmente estimabili » e il *quantum* promesso si mantenga nei limiti del dovere sociale. Pei regali d'uso o « liberalità rimuneratorie d'uso », si invoca l'art. 770 c. civ. ital. 2° comma, ad escludere la forma della donazione.

Secondo D'Angelo, dai servizi resi patrim. estimabili non nasce nemme-

Ma rispetto al problema della donazione *cum onere* (causa presente o futura), v'è qui una *ulteriore limitazione al principio del nudo consenso.* Abbiamo visto, infatti, che secondo la corrente tradizionale menzionata al § prec. *sub. b,* se *la charge est appréciable à prix d'argent,* cioè se rappresenta una prestazione tipicamente economica, l'intento delle parti, di concludere un contratto di scambio, è in genere decisivo ad escludere l'esigenza dello schema formale-causale della

---

no un'obbligazione naturale (contro un'opinione assai diffusa e dall'a. riconosciuta), d'altronde per lui insufficiente ad eliminare la forma della donazione.

Oppo, al contrario, sostiene che ne nasce un'obbligazione naturale, ma che il caso, pel disposto dell'art. 770 comma 1°, deve *sempre* essere trattato come donazione, appunto perchè per tale disposto l'obbligazione nat. da servizi resi sarebbe sottratta alla comune disciplina delle obbligazioni naturali (suscettibili queste, secondo l'Oppo, di essere causa per una promessa non formale).

Non è qui il luogo di fare la critica di queste opinioni, anche dal punto di vista storico, della tradizione e della prassi. Basterà osservare che esse, se fossero esatte, limiterebbero ancor più l'ambito della *causa praeterita* come causa sufficiente ad escludere la forma della donazione rispetto al preteso principio del nudo consenso; tale ambito si limiterebbe, infatti, al campo delle remunerazioni o « regali » d'uso. Salvo questo caso, si ritornerebbe al principio romano classico sulla *causa praeterita* come servizio reso: v. § 2.

Ma val la pena di osservare che il criterio dell'uso, adottato da quegli autori, non si discosta molto, nei risultati pratici, dall'opinione tradizionale suaccennata. Infatti gli stessi autori fanno rientrare (a forza) nei regali d'uso alcuni casi in cui in realtà si tratta di un dovere morale (sociale) nascente dai servizi resi, *al di là dell'uso.* Così, quando fra gli elementi di questo, si fa entrare in gioco la importanza del servizio reso o del sacrificio fatto (Oppo, *op. cit.,* p. 248 e 271). Esempio: il caso dell'avvocato che gratuitamente, magari per la povertà del cliente, abbia trattato una lunga e faticosa causa, con largo impiego di tempo e lavoro, e il cliente poi, divenuto ricco, lo rimuneri o prometta di rimunerarlo in misura all'incirca corrispondente al compenso normale (Oppo, p. 43 nota 1; D'Angelo p. 40). Dire che in questo caso una simile remunerazione è imposta dall'uso, o come « regalo d'uso », significa in realtà andar oltre questo, per entrare nel campo di un dovere sociale o morale nascente dai servizi resi.

Viceversa un'altra corrente, che fa capo ad una certa tradizione (v. Pothier, cit. a nota 17), mentre ammette che i servizi resi, nei limiti sopra menzionati, siano causa sufficiente ad escludere lo schema formale-causale della donazione, nega ciò per l'obbligazione naturale (diversa da quella nascente dai servizi resi)!

donazione, anche se v'è una notevole, ma non eccessiva, sproporzione fra il valore (corrente) delle due prestazioni (v. § 5 nota 18 e § precedente). Invece, nel caso di una *causa praeterita,* se esiste questa notevole sproporzione, l'intento delle parti di « pagare », anzichè di donare, e la stessa qualifica dell'atto sono impotenti. Prevale il criterio oggettivo. Soltanto quando non v'è quella sproporzione, le parti possono efficacemente qualificare l'atto come « donazione » o non donazione (v. sopra § 5 nota 21) (9). Un'ulteriore limitazione al principio del nudo consenso rispetto alla *causa praeterita* implicherebbero le opinioni (Oppo, D'Angelo, Pothier) menzionate alle note 8 e 17.

Si tratta del tradizionale sfavore per la *causa praeterita;* sfavore giustificato da ciò, che in questo caso, a differenza della donazione *cum onere,* il promittente non richiede nulla in cambio (in senso lato) della promessa; non v'è una valutazione (sia pure soggettiva) di un interesse ad uno scambio attuale; non si spinge l'altra parte, mediante la promessa, a fare qualcosa. Inoltre, mancando un'obbligazione « civile », si fa più sentito il bisogno di proteggere, mediante la forma della donazione, il promittente e la sua famiglia contro delle deliberazioni inconsiderate.

Quanto alla specifica funzione del requisito dell'« *appréciable à prix d'argent* », rinviamo alle osservazioni fatte nel § precedente lett. *b.*

2°) L'altra corrente, com'è noto, è quella per cui, ad escludere

(9) Questa notevole differenza fra *causa praeterita* e causa presente e futura risulta chiara dall'esempio seguente. Se chiedo, come contratto di scambio, al padrone di un albergo, ad un medico, ad un ingegnere, ad un servo, ecc. i loro servizi, la promessa di un corrispettivo è valida, senza bisogno delle forme della donazione, anche se questo corrispettivo oltrepassa di molto quello normale (salvo il caso di lesione). Se invece questi *stessi identici servizi* mi sono già stati resi gratuitamente, quella promessa eccessiva non vale, senza le dette forme, anche se non ho l'intenzione di donare, ma di « pagare ».

Inoltre, cosa strana, se la *causa praeterita* consiste in una donazione ricevuta (un *dare*), la promessa di un *quid* per gratitudine o controdono, secondo l'opinione *oggi* prevalente, è sempre una donazione formale, anche se i due valori si corrispondono, mentre tutto ciò, se convenuto come contratto di scambio attuale, sarebbe una permuta o una vendita valida senza forma.

la forma della donazione nella promessa, è sufficiente *qualunque causa praeterita*: anche se non *appréciable à prix d'argent;* anche se trattasi di un dovere sentito esclusivamente nella coscienza individuale del promittente; anche se, secondo l'apprezzamento comune, il *quantum* promesso è eccessivo (10).

Alla *causa praeterita,* in fondo, più che a quella presente, fa riferimento la proclamazione del noto principio che « *le simple désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse ou d'honneur peut constituer une cause suffisante d'engagement* (v. § 9); per quanto l'aggiunta della *piété* e dell'*amour* (v. § 9 nota 10) alludano ad una causa presente. Si tratta, in fondo, della concezione più larga in tema di obbligazione naturale, che arriverebbe a concepirla anche come mero dovere sentito nella coscienza individuale.

Tuttavia questa corrente mantiene talvolta, con minor o maggior coerenza, il requisito dell'« *appréciable à prix d'argent* » quanto ai servizi resi.

3°) Ma a queste correnti, come si è detto, se ne deve aggiungere una terza per la *causa praeterita*: la corrente la quale nega *sempre* (quanto meno per l'obbligazione naturale non derivante da servizi resi o per le remunerazioni non d'uso), che l'obbligazione naturale possa essere la causa sufficiente ad escludere nella promessa l'esigenza dello schema formale-causale della donazione, anche se si tratti di un'obbligazione naturale nel senso ristretto in cui l'intende la corrente menzionata *sub* 1° (11).

---

(10) Cfr. gli autori sopra § 9 nota 10.

Per la giurisprudenza specie francese (ma anche italiana nel secolo XIX) v. il vol. II « Casistica ».

Per gli autori tedeschi che, dal punto di vista dell'ambiguo concetto di onerosità, hanno seguito questa tesi, v. Mosco, *Onerosità e gratuità* cit. pag. 184 segg.

(11) Cfr. Pothier, cit. a nota 17; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico,* 2 ediz., Torino, 1950, pag. 391; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni,* 2 ediz., Milano, 1948, vol. II, pag. 402; Nicolò, in *Foro ital.* 1939, I, p. 39 segg. e altri autori cit. da Betti, *op. cit.,* p. 392 note 54 e 55, e da Oppo, *op cit.,* p. 357 nota 1.

Quanto alla giurisprudenza, v. vol. II « Casistica ».

Il codice germanico, come si desumerebbe dall'art. 534, assoggetta alla

Si accentua così il cennato sfavore per la *causa praeterita.*

c) Breve esame critico delle tre summenzionate correnti.

Sembra che anche qui, come al solito, si sia peccato di eccessive generalizzazioni, sulla base di un « concetto generale » dell'obbligazione naturale (che non si sa sempre in vista di *quale* problema sia stato costruito). E sembra anche, specie quanto ai nostri autori, si sia dimenticato che il problema era ed è quello della *cause suffisante* rispetto all'esigenza della forma della donazione (v. *infra* note 18 segg.). Si è discusso genericamente di onerosità o gratuità dell'adempimento di una obbligazione naturale, confondendo *régles de fond* e problema della forma (11 bis). Si è trattato alla stessa stregua il concetto dell'obbligazione naturale sia in relazione all'irripetibilità del « *pagamento* » che in vista del problema della *promessa* di adempimento.

Critica dell'opinione menzionata alla lettera b sub 2°. — In realtà, certi doveri di coscienza, magari poco o nulla sentiti nella coscienza sociale, possono essere sufficienti per la validità di una *datio* immediata, *transfert* o « pagamento » (12), ma non essere causa sufficiente per una promessa non formale. Altro è dare, altro è promettere. Questo va detto contro l'opinione più larga, di cui sopra *sub* 2°, radicatasi in Francia.

In un sistema, come quello francese ed altri, in cui per lunga tradizione si ammetteva e si ammette la donazione manuale non for-

---

forma dell'atto notarile la promessa per un'obbligazione naturale (anche in senso stretto): non vi assoggetta invece la *datio* immediata per la ragione che risulta dall'art. 518.

(11 bis) Cfr. in proposito, Mosco, *Onerosità e gratuità,* cit. pagg. 51-52 e 62-68 e altri autori ivi citati. Ma ovviamente le c. d. *règles de fond* (collazione, pauliana, misura della responsabilità ecc.) concernono un problema diverso da quello della forma (fra le parti) e riguardano assai spesso soltanto i rapporti coi terzi.

(12) Consegna di cose mobili o di danaro, o *transfert* formale di certi diritti, chè, quanto al *transfert* di immobili (nei sistemi latini) o alla mera dichiarazione traslativa di mobili (non accompagnata dalla consegna) il problema resta identico a quello della promessa: v. *infra* § 38.

male di denaro e di mobili (13), poca importanza ha il vedere se il dovere, per cui si sono dati o consegnati quei beni, sia più o meno sentito dalla coscienza sociale.

Infatti, qualunque fosse la causa o il motivo (purchè lecito) della dazione immediata o consegna, questa resta valida, perfino se la causa si riduce a quella della pura liberalità. Il dovere, per cui si dà in quel modo, può avere importanza soltanto sotto il riflesso di un errore di chi dà, cioè dell'opinione di credersi *giuridicamente* obbligato (14). L'irripetibilità del pagamento e così l'irrilevanza di quest'errore (del resto, assai equivoco e difficile da individuare) sono dovute appunto al fatto che v'era un dovere morale per cui si è dato. Sotto questo riflesso per tener fermo un « pagamento », che sarebbe comunque valido come donazione perchè non nullo per difetto di forma, non occorre un dovere morale, speciale o oggettivo, cioè riconosciuto dalla coscienza sociale (15).

Ma quando si passa dal dare (consegnare) al promettere (16), la cosa cambia, perchè anche il diritto francese richiede, nella promessa di dare a titolo gratuito, la forma della donazione (per le ragioni accennate al § 8). Qui occorre una *cause suffisante* ben più forte che un semplice dovere sentito nella coscienza individuale (si noti

(13) E il c. d. pagamento di un'obbligazione naturale consiste praticamente in consegna di danaro o di mobili.

(14) Infatti, se chi dà la somma o altra cosa mobile è pienamente cosciente di dare per un dovere non giuridico, la ripetizione non è ammessa, essendo l'atto di *transfert* (manuale) valido perfino come donazione. L'obbligazione naturale non ha allora alcuna importanza pratica per stabilire tale validità.

(15) Nella realtà pratica, quella erronea opinione di essere giuridicamente obbligato non sarà possibile o pensabile rispetto ad un dovere non riconosciuto dalla coscienza sociale. Chi dà per un dovere, squisitamente sentito soltanto nella sua coscienza individuale (e dà, magari, largamente), sa in genere di non essere giuridicamente obbligato; e allora la *datio* di danaro o di mobili vale per la ragione di cui a nota 14. Sicchè l'ipotesi di quell'erronea opinione, e quindi di rilevanza del dovere non giuridico per mantenere fermo il « pagamento », coincide in *pratica* con il concetto di obbligazione naturale in senso stretto, cioè di quella riconosciuta dalla coscienza sociale!

(16) O, il che fa lo stesso, alla mera dichiarazione di dare; v nota 12.

che altrimenti un semplice dovere del genere costituirebbe una *cause suffisante* a promettere qualunque somma, anche enorme da un punto di vista oggettivo, se enorme non pare alla coscienza individuale). Occorre una *causa suffisante* di tal forza, altrimenti la funzione protettiva della forma della donazione viene praticamente abolita.

Tuttavia, la giurisprudenza e una gran parte della dottrina francesi, fra l'altro equivocando su un passo di Pothier (17) e confondendo anche la *cause suffisante* con la *cause raisonnable ou plausible* (v. § 7 e 14), si sono ormai messe su questa strada: hanno, cioè, generalizzato e esteso al problema della *cause suffisante* di una *promessa* una concezione dell'obbligazione naturale, che era stata determinata in funzione del ben diverso problema della irripetibilità del « *pagamento* » o *datio* immediata (*transfert*).

Viceversa, in un sistema come quello del vigente diritto italiano,

---

(17) Ci siamo dilungati un po' sull'equivoca origine della corrente francese, proprio perchè essa si ricollega spesso ad un equivoco su Pothier, la cui autorità, come tradizione, merita il massimo ossequio.

POTHIER, *Traité des obligations*, n. 173: « *On appelle obligation naturelle celle qui, dans le for de l'honneur et de la conscience, oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui y est contenu* ».

Senonchè Pothier concepiva qui l'obblig. nat. in un senso piuttosto ristretto, come risulta dagli esempi ch'egli ne dà ai n. 192-197 dello stesso *Traité*. Sono gli esempi seguenti: obbligazioni cui la legge nega l'azione per sfavore verso la loro causa o per incapacità del promittente; obbligazioni naturali che restano nonostante la cosa giudicata, il giuramento, la prescrizione. Cfr. anche i n. 54-55 dello stesso *Traité*, a proposito del contratto a favore di terzi nullo, ove Pothier vede un'obbligazione naturale del promittente verso lo stipulante. Da questo concetto delle obblig. nat. in senso stretto, egli sembra escludere i puri doveri di coscienza (*op. cit.*, n. 197).

Non solo, ma, come pure risulta dai n. 191 e 195 dello stesso *Traité*, Pothier riconosce a quelle obblig. nat. (in senso stretto) soltanto l'effetto della irripetibilità del pagamento, in contrapposto, egli chiarisce, al diritto romano che ammetteva anche la novazione, il *constitutum debiti*, ecc.

La dottrina francese, equivocando, ha invocato il concetto di obblig. nat. del Pothier, per estenderlo sia nel suo ambito (ai puri doveri di coscienza) che nei suoi effetti (cioè anche alla validità della promessa di pagamento).

Cfr. su questa indebita estensione anche la sentenza canadese nel caso Re Ross, riferita nel vol. II, « Casistica ».

in cui anche la donazione manuale (salvo quella modica) richiede la forma (art. 783 c. civ. ital.), la concezione dell'obbligazione nei due casi (pagamento e promessa) tende a coincidere.

La dottrina e la giurisprudenza italiane si attengono alla corrente menzionata sopra lett. *b sub* 1°; esigono cioè, sia per il pagamento, che per la promessa, un'obbligazione naturale in senso stretto, avente i due requisiti colà menzionati.

Critica dell'opinione menzionata alla lett. b sub. 1°. Anche quest'opinione (che corrisponde alla dottrina e alla giurisprudenza italiane testè accennate) pecca di una certa generalizzazione. E ciò in quanto tale opinione, pur esigendo un'obbligazione naturale in senso ristretto (cioè sentita nella coscienza *sociale*) sembra ritenere che la obbligazione nat., che è causa sufficiente pel pagamento, sia sufficiente anche per la validità della promessa non formale. Il che non è sempre esatto.

Promettere è sempre più facile che dare: e pel promettere la forma deve avere una maggior funzione protettiva. Come vedremo, non solo vi sono casi tipici di obbligazione nat. riconosciuti dalla coscienza sociale e sufficienti pel «pagamento» o *datio* non formale e, invece, insufficienti per la promessa non formale (v. *infra sub d*); ma, di più, il vedere se un dovere sia sufficiente, oltre che per tale pagamento, anche per questa promessa, dipende assai spesso dalla *intensità* con cui il dovere è sentito dalla coscienza sociale e altrettanto spesso dalle complesse circostanze del caso concreto, nel senso che il giudice ne veda nascere un dovere di intensità tale da giustificare la promessa non formale. Ricercare un metro preciso, in materia per sua natura così elastica e delicata, è pretendere troppo.

Critica dell'opinione menzionata alla lett. b sub. 3°. — Quanto all'altra tesi estremista, menzionata alla lettera *b sub* 3°, essa suol generalizzare la soluzione data per casi speciali (come la fiducia testamentaria, la costituzione di dote, il gioco, l'obbligazione naturale da patto nullo per difetto di forma), ove ragioni particolari concorrono a negare la sanzione della promessa: v. *infra sub d* (18). Oppure

(18) Cfr. Betti, *Neg. giur.* cit., 2ª ediz., pag. 186, nota 2 e pag. 391 nota

suol generalizzare la soluzione data per casi che non concernono obbligazioni naturali nel senso ristretto di cui sopra alla lett. *b sub* 1 (19). E, in questa generalizzazione, quella tesi argomenta altresì da *obiter dicta* o da altrettanto eccessive generalizzazioni contenute in sentenze concernenti quei casi speciali (in particolare, la fiducia) o i casi di doveri non costituenti obbligazioni naturali in senso tecnico (v. note 18 e 19).

Ma, così facendo, questa teoria non tiene conto di altri casi, pur generalmente ammessi come cause sufficienti nel senso suddetto (v. *infra sub d* da nota 32 in poi).

Quanto agli argomenti di questa tesi, non sta quello della novazione (presupponente un'obbligazione civilmente valida), e ciò perchè nel caso della promessa in adempimento di un'obbligazione naturale non v'è l'intento di novare, ma quello di rispettare quest'obbligazione. Nè sta l'argomento che l'art. 2034 c. civ. ital. (1235 c. francese e altri simili) ammette come solo effetto dell'obbligazione naturale la irripetibilità del pagamento; non sta, perchè questi articoli considerano soltanto l'obbligazione naturale per sè, cioè senza una successiva promessa, e così soltanto la questione della sanzionabilità diretta (azione, esecuzione forzata) o indiretta (eccezione di compensazione) dell'obbligazione naturale. Ma non considerano la nostra questione, quella della sorte di una promessa che venga fatta sulla base dell'obbligazione naturale (20). Quanto ai lavori prep. sull'art. 2034, v. nota in fine al caso Danani-Gonzaga, nel vol. II.

V'è chi invoca, infine, la teoria della funzione economico-sociale del contratto o della tipicità, come giustificazione della obbligazione, o la teoria dell'interesse meritevole di tutela giuridica (21). Ma per

---

52, ove si citano la sentenza Danani-Gonzaga e altra sentenza della Corte di Appello di Firenze, 26-11-1946, ivi, cit. (v. per queste il vol. II, « Casistica »), entrambe concernenti casi di fiducia.

(19) Cfr. il caso Rovatti cr. Sighinolfi, Cass. 4-7-1938 (v. vol. II, « Casistica ») cit. dal BETTI, *op. e loc. cit.*.

(20) Per la critica dei suddetti due argomenti (quello della novazione non fatto valere dal Betti, ma da altri), cfr. anche OPPO, *Adempimento e liberalità* cit., pag. 353 segg.; PLANIOL, *Traité pratique,* cit., VIII, n. 993-994.

(21) BETTI, *op. cit.*, p. 391-392.

questa teoria, che viene anche qui a stendere le sue nebulose, v. *infra* § 19.

In realtà, l'argomento sostanziale dell'opinione in esame è ben altro: gli è che l'intenzione di rendere omaggio ad un'obbligazione naturale o, meglio, a *certe* obbligazioni naturali, non è sempre indice sicuro, cioè avente un certo valore oggettivo, della volontà di contrarre un vincolo giuridico (v. sopra § 1 in appendice, § 3 *sub b*) (22). Gli è, ancora, che il concetto e l'ambito di quelle obbligazioni naturali e del rapporto di proporzione sono piuttosto incerti per esclu-

(22) Questo è veramente l'argomento grave, dal punto di vista pratico, contro l'ammissibilità dell'obblig. nat. quale causa sufficiente di una promessa non formale (v. sopra § 3 *sub b*). Cfr. PLANIOL, *Traité pratique,* cit., VII, n. 994, ove si fa rilevare che l'unica questione è quella di sapere se il promittente abbia inteso mediante la promessa conferire all'obbligaz. nat. « *una force obligatoire* » (giuridica); e si citano sentenze per mostrare che dubbi su quell'intento sorgono perfino nei casi più tipici di obbl. nat. in senso stretto, ad es., nel caso di concordato. V. Vol. II, « Casistica ».

Per un accenno, nella sostanza, a questo argomento, v. BETTI, *op.* e *loc. citt.,* argomento, tuttavia, che egli immette nella teoria della funzione economico-sociale. Ma basterebbe notare come il Betti ammette che la forma, eliminando l'incertezza suddetta, elimina ogni dubbio.

Qui non si può dimenticare un altro dei guasti cagionati dalla nebulosa concezione della funzione economico-sociale (sulla quale v. infra § 19, specie nota 13). Essa, cioè, ha coperto sia al Betti, che all'Oppo e ad altri, la realtà nel nostro problema, quello di una causa sufficiente, in alternativa con la forma, nelle obbligazioni di *dare.* Mentre il Bonfante, *Scritti giur.* cit., III, p. 38, anch'egli senz'accorgersi di quel problema del nostro diritto positivo, riteneva valida la promessa per una obbligazione naturale sul semplice motivo della sufficienza di una causa lecita (il principio del nudo consenso: v. § 6), il Betti, per reazione, corre all'estremo opposto. E l'Oppo, criticando il Betti, si lascia attorniare anch'egli da quella nebulosa, quando scrive (*Op. cit.,* p. 360): « Non si vede perchè l'assunzione di un'obbligazione civile, che è valida in presenza di qualsiasi causa lecita e *socialmente apprezzabile,* ed anche quando avvenga col solo intento di arricchire altri — donazione obbligatoria, art. 769 c. civ. — non debba esserlo quando avvenga per soddisfare un dovere morale o sociale ». Dove il problema, storico e *attuale,* della causa sufficiente nelle obbligazioni di dare, in relazione alla forma e al concetto della donazione è *tamquam non esset,* oppure è mascherato sotto quel « socialmente apprezzabile » che esimerebbe dalla forma (ma nè l'Oppo lo dice, nè a questo specifico requisito delle obbligazioni di dare egli si riferisce).

dere l'idea della donazione; e che, inoltre, è spesso incerto se il promittente abbia inteso donare o invece adempiere ad un'obbligazione naturale. Gli è, infine, che la funzione protettiva della forma della donazione sembra piuttosto intaccata, quando si ammetta la promessa non formale. Per queste ragioni, che tutte si sommano nel cennato sfavore per la causa *praeterita,* si tende a richiedere lo schema formale-causale della donazione.

L'intento e la portata delle critiche che abbiamo fatto alle tre summenzionate correnti non sono quelli che potrebbero apparire a prima vista. Dobbiamo in proposito rinviare il lettore a quanto ne diremo *infra sub e.*

d) Trattamento speciale di alcune obbligazioni naturali (assegno ai figli, gioco, patto nullo per difetto di forma, fiducia) e necessità comunque di distinguere l'importanza dell'obbligazione naturale nel caso concreto.

Al fine di liberarsi dalle cennate generalizzazioni, converrà menzionare brevemente alcuni casi, in cui si tratta di obbligazione naturale in senso stretto (v. sopra lett. *b sub* 1°); ma in cui, pur essendo ammessa la validità del « pagamento » *datio* o *transfert* non formale (mediante consegna di danaro o di mobili), non è ammessa la *promessa* non formale, cioè non rivestita dello schema della donazione formale (23). E converrà vedere anche il perchè di questo speciale trattamento; il che servirà a chiarire gli equivoci della corrente estremista menzionata alla lettera *b sub* 3° e nello stesso tempo a limitare la portata della corrente tradizionale menzionata alla stessa lettera sub 1°.

Obbligazione naturale di fare un assegno ai figli per matrimonio

(23) Per la necessità di distinguere fra le diverse obbligazioni naturali quanto al problema della promessa: cfr. Oppo, *Adempimento e liberalità* cit., pag. 361 segg. (e autori ivi citati), rispetto al debito di gioco, alla fiducia e al contratto col professionista non iscritto, ma, quanto ai primi due casi, con argomenti piuttosto generici.

o per assicurare loro una posizione economica o sociale. Si tratta indubbiamente di un caso di obbligazione naturale in senso stretto. L'adempimento, mediante *transfert* di danaro o mobili (consegna o *transfert* formale), è valido, anche se non sussistono le forme della donazione (quanto al *transfert* di immobili o di « cose incorporali » v. *infra* § 38). Ma, senza queste forme, non vale la *promessa* di un assegno, almeno secondo l'opinione dominante nel seno della stessa corrente tradizionale menzionata sopra alla lettera *b sub* 1 (24). La ragione, ne pare, è quella stessa che è stata affacciata dal Tribuno Gillet nei lavori preparatori del cod. Nap. per negare l'azione ai figli contro i genitori; azione che esporrebbe questi a delle indagini e controversie molto delicate sull'ammontare del loro patrimonio, sulla loro capacità di contribuire all'avvenire dei figli, sulla loro opinione, consiglio o volontà circa la scelta di una carriera o di un matrimonio, ecc. Ricatti o molestie vi si potrebbero combinare.

Ora, questi stessi inconvenienti si presenterebbero allorchè i figli, invocando una promessa non formale del padre, agissero in giudizio. Infatti bisognerebbe compiere quelle stesse indagini per stabilire la validità di questa promessa non formale come adempimento

(24) V. il vol. II « Casistica » e PLANIOL, *Traité pratique* cit., VII, n. 993-994, per la questione in giurisprudenza (la francese prevalentemente nel senso contrario e anche quella italiana nel secolo XIX).

Per tutta la storia dell'obbligazione naturale di un assegno ai figli, v. Mosco, *Onerosità e gratuità,* cit., p. 5 e segg., e autori ivi. Naturalmente anche il Mosco, come quegli autori, pur ritenendo che quest'obbligazione naturale non possa essere la base di una valida promessa per scrittura privata. tratta il problema sotto il generico profilo dei concetti di onerosità e gratuità, ove si confonde il nostro problema con quelli delle c.d. *règles de fond* (collazione, riserva ereditaria, ecc.).

L'argomento di questo ed altri autori per negare valore alla promessa non formale è quello generico, che, cioè, gli artt. dei rispettivi codici riconoscono all'obbligazione naturale in genere il solo effetto dell'irripetibilità del pagamento.

L'argomento (invocato dal Mosco e dal Fadda) che per la costituzione di dote è previsto l'atto notarile non tiene: altro è fare un assegno per causa di matrimonio, e altro è costituire questo assegno in *dote*, ove il concorso del marito e la portata del vincolo richiedono l'atto notarile perfino per la consegna di danaro o di mobili.

di un'obbligazione naturale; validità che dipende, fra l'altro, da un rapporto di proporzione, altrimenti c'è donazione (tali indagini entrerebbero in gioco anche per stabilire la volontà di contrarre una vera obbligazione in senso giuridico, che pure dipende assai spesso da quel rapporto di proporzione: v. l'esempio classico di Pothier nel passo del suo *Traité des obligations,* cit. sopra al § 5 *sub b*).

Gioco. Le ragioni per cui si nega azione nel caso del gioco, ammettendosi soltanto l'irripetibilità del pagamento (sempre nel senso di *transfert* mobiliare: v. *infra* § 38), militano anche per negare la validità di una promessa che non sia rivestita dello schema formale-causale della donazione. Si tratta della ragione d'ordine pubblico di non incoraggiare il gioco; com'è noto, la nostra giurisprudenza è arrivata a negare la validità anche di mutui, cambiali, ecc. per causa di gioco. Il che fa dubitare perfino della validità di una promessa rivestita dello schema formale-causale della donazione, quando risulti che il motivo unico determinante o causa (concordato fra le parti: simulazione?) era l'adempimento di un debito di gioco. Altrimenti, mediante il ricorso a quest'espediente dello schema formale della donazione obbligatoria, quel principio d'ordine pubblico potrebbe essere eluso; e sono note le pressioni sociali, di prestigio, onore, ecc., sfruttate dai creditori per gioco al fine di indurre al pagamento (indiretto) del debito.

Obbligazione naturale da patto nullo per difetto di forma. E' quanto ci resta della classica (per modo di dire, perchè è opera degli interpreti) questione sull'esistenza di un'obbligazione naturale da patto nudo. Essa si ricollega anche alla travagliata questione circa la sussistenza di un'obbligazione naturale (nel senso romano) da patto nudo e circa la sua possibilità di essere base di un *constitutum debiti* e poi di un *pactum geminatum* (25).

---

(25) Cfr. su tutte le cennate questioni, i lavori di ASTUTI, *Constitutum debiti* e *Pactum geminatum,* cit. sopra, § 3, nota 1 e § 4 nota 14, con il quale concordo perfettamente. Naturalmente il Savigny (*Traité des Obligations,* cit., I, § 8, p. 57, § 9, p. 60 segg., § 14 p. 140 segg.; II, § 73, p. 374) e tutti i sostenitori del generico principio del nudo consenso danno soluzione affermativa

Di tale questione ci restano, naturalmente, i soli casi di difetto di forma (nel senso che questa ha nella *civil law* moderna: v. *infra* § 18 e 34 *sub a*). E l'obbligazione naturale non va intesa, anche se c'è, nel senso romano. Di questi casi il più interessante è quello della donazione nulla per difetto di forma (compresa la donazione *avec charges* o per una causa *praeterita* insufficienti). Ma vi rientrano per diritto italiano e germanico anche quelli assai importanti di una vendita obbligatoria di immobili e dei contratti obbligatori aventi ad oggetto i diritti immobiliari di cui all'art. 1350 c. civ. ital. (v. art. analoghi del cod. civ. germanico). Per altri casi v. *infra* il § 18 sulla forma.

Ora, non pare vi sia oggi dubbio che da simili patti nudi possa nascere un'obbligazione naturale, ai fini della validità e irripetibilità di un successivo *transfert* regolare (26), o di un « pagamento » di

---

alle questioni accennate nel testo; ma senza proporsi la questione sotto lo specifico profilo che tosto esamineremo.

(26) *Transfert* regolare significa: atto formale speciale per gli immobili (dove è ammesso: v. art. 925 c. civ. germanico); *transfert* formale di un titolo di credito, consegna di cose mobili (ov'è ammessa con quell'effetto). Soltanto nel diritto italiano, ove in questi due ultimi casi si richiede ancora la forma della donazione, la questione si ripresenta (v. *infra,* § 38).

Sotto questo profilo, a delicate questioni dà luogo il caso Bianciotto cr. Pignatelli, App. Torino 21-2-1879, Giur. Torinese 195 (v. vol. II « Casistica »): « Uno zio che, nell'occasione del matrimonio del primo nipote, promette *verbalmente* a lui e alla sposa di rinunciare (*rectius,* di cedere) a favore loro o della prole a vari suoi crediti verso terzi, assume un'obbligazione naturale. Quindi l'atto di rinuncia a loro favore di quei crediti non costituisce una vera donazione, per la quale siano necessarie le speciali formalità di questa ». Ove è dubbio se l'obbligazione naturale vien dal giudice collegata al nudo patto o anche al dovere dei familiari di provvedere ad un assegno per causa di matrimonio. Comunque, o si tratta di vera rinuncia, e allora non occorrono *mai* le forme della donazione (v. *infra,* § 38) ovvero si tratta, come si trattava in realtà, di una cessione di crediti, e allora occorre la forma della donazione, in quanto la cessione di crediti (perfino il *transfert* formale) non è ammessa nel diritto italiano come *forma* della donazione, e le pure dichiarazioni traslative sono equiparate ad un nudo patto o promessa, sicchè nel caso Bianciotto tale cessione equivarrebbe praticamente negli effetti ad un *pactum geminatum.* V. *infra,* § 38.

somma a titolo di riparazione dei danni per inadempimento del patto, anche se per questi non c'è azione. Del resto, la giurisprudenza francese ed i codici ad essa conformi (art. 518 c. civ. germ.; 242-243 svizzero obbligaz.; 488 c. civ. egiz.) ammettono la validità di una donazione *eseguita* con quel *transfert,* anche nel caso (che è poi in pratica quello frequente o reale) in cui il *transfert* fu preceduto da un patto nullo per difetto di forma. Si vedano anche gli artt. 590 e 799 c. civ. ital. e simili *infra* citati; v. inoltre l'art. 489 c. civ. egiz. e gli art. 313 e 766 c. civ. germanico.

Ma ben altro è ammettere la validità di una promessa *non formale* di adempiere l'obbligazione naturale nascente da patto nudo, cioè di una promessa che non sia rivestita delle forme della donazione, se il patto nudo era una donazione, o della forma prescritta per il patto (o contratto) negli altri casi. E nessuno l'ammette, *neppure la corrente francese più liberale, menzionata al* § 9 *e in questo* § *supra sub b,* 2°.

Il perchè è evidente. Altrimenti si annullerebbe la portata pratica delle norme sulla forma di quei contratti o le si potrebbero eludere in pieno! In fondo, non è che la questione del *pactum geminatum* in veste moderna. Infatti, ogni contratto formale, prima di essere steso nella dovuta forma, è in pratica quasi sempre preceduto da accordi verbali o non formali che le parti ritengono conclusi e definitivi, benchè vincolanti soltanto nel foro dell'onore o della coscienza. Basterebbe *ripetere* questo patto non formale per liberarsi dai requisiti della forma dell'atto notarile nelle donazioni o delle altre forme negli altri casi. Ciò che è direttamente contrario alla funzione che queste forme hanno nel diritto moderno (v. sopra § 8 e *infra* il § 18 e 34 *sub a*) (27).

Fiducia testamentaria. Che ne nasca un'obbligazione naturale ai

(27) A questa soluzione non è contrario il disposto degli artt. 590 e 799 c. civ. ital. (1319 vecchio cod.), 1340 c. civ. francese e simili. Per questi articoli non basta la promessa di adempiere, ma occorre la *conferma,* anche se questa è in linea di principio inammissibile per un contratto nullo; di più, ciò che è decisivo, tale conferma è ammessa soltanto per gli eredi o aventi causa *dopo la morte del donante.*

fini della validità di un *tranfert* regolare non v'è dubbio. Ma, come è noto, la promessa non formale (non rivestita delle forme della donazione) di adempiere la fiducia ha dato luogo a vessate questioni: v. per la giurisprudenza francese e italiana il Vol. II, « Casistica ». Gli argomenti per negare la validità di tale promessa non sono così chiari e decisivi come per gli altri casi testè menzionati.

Tuttavia, vi sono argomenti molto seri, pei quali accoglierei la opinione negativa. Gli è che ammettere quella promessa significherebbe riaprire, più o meno largamente, la porta a quelle indagini delicate e incerte per cui la legge ha negato azione al beneficiario della fiducia (v. art. 627 c. civ. ital. e simili). Per giudicare della validità di tale promessa, bisognerebbe vedere se vi è una vera obbligazione naturale (in senso stretto) e così se veramente il testatore intese imporre una fiducia, o non semplicemente fare delle raccomandazioni di carattere morale, esprimere dei desideri o simili (28); con la conseguente rinnovata incertezza sullo stato delle successioni (29). Si potrebbe invocare anche l'art. 590 (1340 c. civ. francese) che, ammettendo la conferma di una disposizione testamentaria nulla, non sembra alludere al caso della fiducia. Ma l'argomento non è così sicuro.

Necessità di considerare l'obbligazione naturale in concreto ai fini del problema della promessa. - Infine, come abbiamo accennato alla lettera *c*, vi sono obbligazioni che, negli elementi e circostanze con cui si presentano nel caso concreto, posson dar luogo ad un va-

(28) Naturalmente, la corrente più liberale francese (v. sopra lett. *b sub* 2°) è portata ad ammettere la validità di quella promessa, in quanto ammette che anche da queste semplici raccomandazioni o desideri nasca un'obbligazione naturale e che ogni causa diversa dal puro spirito di liberalità (compresa quella di rispettare quei desideri) costituisce una « *cause suffisante d'engagement* » senza bisogno delle forme della donazione: v. sopra § 9, specie nota 10.

(29) A questo « interesse alla certezza dei rapporti derivanti dal testamento », accenna pure il Betti, *Neg. giur.* cit., § 22, nota 2; accenno di cui non vi sarebbe bisogno, se veramente stesse la tesi generale del Betti che l'obbligazione naturale non può dar luogo ad una valida promessa non formale (v. Betti, *op. cit.*, p. 391).

lido « pagamento », ma non sempre ad una valida promessa (almeno per ciò che concerne il *quantum*). Si pensi al caso assai frequente dell'obbligazione naturale di riparare un danno, quando non sussiste l'obbligazione civile perchè la cosa giudicata non ha rilevato la colpa, o questa non sussiste, o il fatto rappresentava l'esercizio di un diritto, ecc. (30).

Si pensi ancora al caso dell'arricchimento a spese altrui, quando non concorrano gli estremi per la relativa azione: per es. prezzo ingiusto, senza che concorrano gli estremi per l'azione di lesione. Si pensi infine al caso delle cosidette obbligazioni naturali da rapporti amorosi, di seduzione, di (cessato) concubinato e simili, ove, sol che uno abbia qualche esperienza della vita dei Repertori giurisprudenziali, sa come si presentino una infinita varietà e una complessità di casi di obbligazioni naturali di intensità diversa, tanto quanto è vario e... atipico ogni rapporto amoroso che esca dal quadro del matrimonio.

In questi e altri simili casi, gli stessi elementi di fatto e le circostanze del caso concreto potrebbero essere la base per una obbligazione naturale, tale che renda valido il pagamento, ma non tale da rendere valida la promessa non formale (31).

Per questa seconda funzione, l'obbligazione naturale si deve presentare nel caso concreto con elementi di tale gravità da rendere sommamente ingiusto, secondo la coscienza sociale, il non adempierla (32). La questione della *cause suffsante* è qui, in fondo, rimessa al giudice di merito.

Viceversa, sollevano meno dubbi i casi dell'obbligazione natu-

(30) Sotto il nostro vecchio codice civile che non ammetteva l'obbligo di risarcire il danno nelle ipotesi degli art. 2045 e 2047 nuovo codice (stato di necessità, incapacità), un caso poteva anche esser rappresentato da una promessa fatta in queste ipotesi. Il problema si presenta anche oggi, se l'ammontare promesso va oltre i limiti dei citati art. 2045 e 2047.

(31) Cfr., ad esempio, il caso Rovatti-Sighinolfi nel vol. II « Casistica », donde risulta che si tratta di una questione del caso concreto.

(32) Per questo concetto della « *strong moral obligation* » come *past consideration* valida in alcuni paesi di *common law* e per le incertezze cui dà luogo, v. *infra*, § 28.

rale di pagare un'obbligazione colpita da prescrizione (consacrata dalla cosa giudicata, altrimenti vi si potrebbe vedere una semplice rinuncia alla prescrizione); e i casi di promessa del concordatario di pagare completamente i suoi debiti. Qui la promessa non formale è generalmente ritenuta valida; e non si pensa a richiedere le forme della donazione. Questi casi sono perfino ammessi dalla *common law* (che nega valore alla *past consideration*) sia pure sotto l'aspetto di obbligazione *civile,* cui è negata soltanto l'azione: v. *infra* § 28.

e) Nota importante sulle critiche fatte alle varie teorie: nostra opinione circa i problemi discussi nei § 9 *a* 11.

Abbiamo avuto occasione di fare, in questo e nei due precedenti §§, delle critiche talvolta acerbe alle varie teorie che toccano, spesso soltanto indirettamente, il nostro problema, quello delle limitazioni al principio del nudo consenso nelle obbligazioni di dare: generalizzazioni eccessive, spesso affrettate, origini equivoche di quelle teorie, argomenti inesatti e, spesso, svisamento del vero problema. Ma vorrei subito avvertire che queste critiche non toccano il merito di quelle teorie, quando esse vengano fondate su ragioni sostanziali: quali, da un lato, la protezione del promittente e della sua famiglia, e così lo sfavore per una causa presente o futura non tipicamente economica (§ 9 e 10) o lo sfavore, più o meno accentuato, per la *causa praeterita* (§ 11, lett. *b sub* 1° e 3°); e quali, dall'altro, la tendenza della giurisprudenza francese a liberarsi dal tradizionale schema formale-causale della donazione (*pactum vestitum*) e a far trionfare il valore del principio del nudo consenso, della *parole donnée* e dell'affidamento (v. sopra § 9 e ivi note 7 e segg. e *infra* il § 38 in fine). Principio altrettanto rispettabile, anche quest'ultimo, purchè non lo si mascheri e lo si lasci liberamente giocare nella bilancia dei valori (33).

(33) Ma, come si è notato, non è lontano il sospetto che anche in questa corrente francese vi siano delle affrettate generalizzazioni di qualche affermazione contenuta in certe sentenze e costituente piuttosto un *obiter dictum*

Invero, i nostri codici non definiscono (nè spesso potevano praticamente definire) cosa sia un'obbligazione naturale in funzione del problema della donazione formale, nè cosa sia questa in funzione di quella e in genere della *cause suffisante;* così come non definiscono cosa sia donazione *cum onere* in funzione dei problemi della forma, della *cause suffisante* nel contratto di scambio non formale. Anzi, i codici neppure trattano espressamente della *cause suffisante* (v. § 13 *sub e*). Le correnti giurisprudenziali e dottrinali, venendo a costituire praticamente su questi punti il diritto, possono, nella bilancia dei valori e degli interessi, fissarsi (purchè si fissino!), dando la prevalenza all'uno o all'altro valore: la protezione del promittente e della sua famiglia e anche la certezza del volere giuridico, mediante lo schema formale-causale della donazione; oppure la protezione del promissario e così dell'affidamento sulla *parole donnée, nuda,* ma data *serio et deliberato animo* (con le inerenti difficoltà di interpretazione: v. il caso Maire de Caen - Evrard nel vol. II « Casistica »). Così facendo, si finisce anche per fissare la portata della funzione protettiva di quello schema causale formale e quindi il concetto tecnico della donazione (non nel senso sostanziale concernente la c. d. *régles de fond,* ma in funzione dei problemi testè menzionati).

Nessuna critica di merito, dunque. Del resto, i francesi, che seguono la corrente da loro dominante, ci credono, è una loro mentalità, quasi un loro *ethos*. E non è facile farli cambiare. L'unica critica che si può fare alle due opinioni estreme in tema di *causa praeterita,* valutate pel loro merito e non pei loro argomenti, è che entrambe disconoscono la *tradizione* (se questa vale qualcosa) per eccessi opposti: la teoria menzionata in questo § alla lettera *b* sub 2°, in quanto arriva praticamente all'eccesso di negare la tradizionale funzione protettiva dello schema formale-causale della donazione; la seconda, di cui alla lettera *b*, sub 3°, in quanto esagera la funzione

o un motivo di rincalzo neppure necessario. Cfr., ad esempio, per la *causa praeterita,* nel vol. II « Casistica », le nostre note al caso Faure-Rougier, divenuto per la dottrina una specie di *leading case* in tema di sentimento di equità come fonte di un'obbligazione naturale e causa *sufficiente* per una promessa non formale.

protettiva di tale schema e ne dilata l'ambito, quale lentamente si formò nella storia della *civil law*. I primi sono gli innovatori. I secondi sarebbero i conservatori ad oltranza (loro malgrado, chè la teoria della funzione economico-sociale, cui essi si ispirano, sarebbe una posizione d'avanguardia).

Impostato così il problema, se ora mi si domanda qual'è la mia opinione, vorrei rispondere che per esprimerla converrebbe attendere di aver percorso in lungo e in largo la storia e la prassi giurisprudenziale, più di quanto non abbia fatto io, benchè per non appesantire il corso non abbia riferito nel vol. II « Casistica » tutti i casi esaminati. Vorrei rispondere che, comunque, il lettore, per rendersi conto di quanto può valere un'opinione, dovrebbe attendere almeno di aver letto i casi riferiti nel vol. II. Ad ogni modo, se ho da esprimere qui il mio pensiero, direi che conviene tenere conto della funzione della forma notarile e soprattutto dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, esigenza più impellente che mai proprio nel campo della forma.

Sotto questo profilo propenderei per la corrente tradizionale (v. § 10 lett. *b* e § 11 lett. *b sub* 1°). E ciò non per mero conservatorismo, ma perchè questa tradizione è rispettabile e soddisfa l'esigenza di certezza, per quanto è possibile nel sistema contrattuale di *civil law* quale si è venuto formando.

Il criterio che più soddisfa questa esigenza di certezza è quello dei diritti romano e medievale e della *common-law*: il criterio per cui, da un lato, si esclude la *causa praeterita* come elemento sufficiente a liberare la promessa dalla forma, e, dall'altro, quanto alla causa presente o futura, si ritiene sufficiente una *res, causa data* o *consideration* qualsiasi, senza indagare sulla sua natura, sul suo carattere tipicamente economico o, per usare un'espressione della *common law*, sulla sua *adequacy* (v. *infra* § 30). Nè si fa distinzione fra le obbligazioni di dare e le altre obbligazioni.

Ma, non potendosi adottare nel sistema contrattuale di *civil law* simili criteri quasi formalistici, salvo riformare il sistema stesso *ab imis* (il che non è consentito all'interprete), il criterio meno incerto

è quello tradizionale e oggettivo. E cioè: causa insufficiente, ad escludere lo schema formale-causale della donazione, è una controprestazione (34) non avente carattere tipicamente economico (35) (cioè non *appréciable à prix d'argent*); oppure una *causa praeterita* che non sia *appréciable à prix d'argent,* o, se così *appréciable,* che sia fuori di proporzione rispetto all'ammontare della promessa. Senza alcun riguardo all'intento delle parti. Questo criterio è il meglio che si possa trovare, benchè anch'esso possa dar luogo a incertezze (v. la nota al caso Carrari-Masiero nel vol. II).

Il criterio soggettivo dell'intento delle parti e della causa principale e secondaria dà luogo ad infinite incertezze ed arbitri, e così ad un andirivieni della giurisprudenza (v. vol. II « Casistica »).

Resta, naturalmente, l'estremo opposto a quello rappresentato dai sistemi romano, medievale e di *common law*: e cioè quello di considerare donazione soltanto la pura liberalità, qualunque motivo diverso bastando ad escluderla (v. sopra § 9, note 3 e 10). Ma, a parte che la ricerca della pura liberalità darebbe luogo in *teoria* a qualche incertezza, in pratica una simile soluzione arriverebbe a distruggere il concetto giuridico di donazione e il relativo requisito formale. Se questo si vuole, si può anche fare. Ma non so se sia consentito dai nostri codici e dai principi su cui essi riposano.

---

(34) Nel senso di sacrificio del promissario: v. § 13 *sub b.*

(35) Vi sono casi in cui anche una controprestazione del genere sembrerebbe non lasciar dubbi sull'esistenza di un contratto di scambio: così, allorchè si richiede al promissario un sacrificio morale grave e proporzionato (al *quantum* promesso), e il promissario resista e si induca a compierlo soltanto per la promessa d'un compenso. Ma, nella realtà, anche l'indagine su questi elementi dà luogo a gravi incertezze. La stessa opinione comune dice spesso, a proposito di simili casi, che, ad esempio, Tizio, « per cambiare il suo nome » ha voluto una « donazione ».

§ 12

Le promesse per una causa di pubblico interesse e le promesse al pubblico

a) *Promesse per una causa di pubblico interesse.*

I principii che abbiamo menzionato ai §§ 9-11 circa la *cause suffisante* nelle obbligazioni di *dare* soffrono certe eccezioni, di portata più o meno vasta, nei casi di promesse per una causa di pubblico interesse e di promesse al pubblico. E ciò, sia sotto l'aspetto della causa presente o futura, che sotto quello della causa *praeterita* o comunque di ogni causa diversa dal puro spirito di libertà (v. § 9), causa che non appare come sufficiente ad escludere, in altre promesse, l'esigenza dello schema formale-causale della donazione.

Incominciamo dalle promesse per una causa di pubblico interesse. La presenza di questo interesse sembra o sembrò giustificare l'eccezione al requisito formale e così bilanciare l'esigenza di proteggere il promittente e la sua famiglia. Concorre inoltre l'affidamento che gli organi pubblici possono fare su tali promesse, stabilendo in conformità i loro piani (ad esempio, piani di soccorso in caso di pubbliche calamità, piani per provvedere a certi servizi pubblici, ecc.). Concorre anche la considerazione che chi promette per una simile causa suole agire molto seriamente e con l'intento di obbligarsi in senso giuridico. Infine, sembra che quegli organi o gli enti pubblici non presentino il pericolo di spogliare individui e famiglie (per quanto la causa di pubblico interesse sia uno dei moventi che più spesso inducono persone desiderose di fama, prestigio, o vanitose, a spogliarsi dei loro beni). Se lo stato vuol depauperare le famiglie abbienti può ricorrere all'imposta, invece che ..... alla captazione. E pure le captazioni da parte di enti pubblici o delle *piae causae* non sono infrequenti!

La portata di questa eccezione, tuttavia, è piuttosto elastica ed incerta, e le correnti in proposito sono assai fluttuanti.

Già nel diritto romano si trovano testi che riservano un tratta-

mento speciale a certe promesse fatte per una causa di pubblico interesse. Cfr. D. 50. 12. 4 « *Propter incendium vel terrae motum, vel aliquam ruinam, quae rei pubblicae contingit, si quis promiserit tenetur* » Cfr. anche D. 50. 12. 7.

Questo caso si trova considerato nel nostro art. 1989 c. civ.: promessa, fatta al pubblico, a favore di chi si trovi in una determinata situazione: vi si comprendono anche i casi di promessa ai feriti di guerra, alle persone in istato di prigionia, ai combattenti, ecc. E' chiaro che la causa può essere *praeterita* o anche futura, pur non potendosi considerare quest'ultima come una controprestazione in senso lato (onere anche di carattere non patrimoniale), ma piuttosto come una causa rientrante nelle ipotesi considerate al § 9 nota 10.

Si noti, tuttavia, che la promessa deve essere fatta al *pubblico,* non a persone determinate: e, sotto questo riflesso, la *ratio legis* rientra in quella cui accenneremo per le promesse al pubblico.

Ma se la promessa è fatta ad un ente pubblico o al suo organo, sorgono dubbi gravi. Il caso va allora considerato insieme a quelli di promesse fatte ad un ente pubblico, per scopi conformi al suo oggetto, con o senza l'imposizione di un espresso onere o di un'espressa destinazione dei beni promessi (1). La nostra giurisprudenza, dopo qualche oscillazione, ha escluso l'eccezione e ha richiesto la forma della donazione. Quella francese, invece, è nel senso opposto (v. volume II « Casistica »). Il TRASBOT, nel *Traité pratique di Planiol*, volume V, n. 315, dopo aver affermato che in questi casi si trova un « *simple intérêt moral qui ne peut être considéré comme une contrepartie suffisante* » (ad escludere la donazione), sostiene apertamen-

(1) Per la questione sull'esonero delle *piissimae* (*puta in redemptione captivorum*), ma non delle *piae causae* dai requisiti formali della donazione (chiese, ospedali, poveri, ecc.); che già si agitava nel diritto comune: cfr. RICHERI, *Universa civ et crim. Jurisp.*, cit., lib. II, Tit. VI, § 529 e citazioni ivi. Egli osserva che la pretesa dell'esenzione per le *piae causae* è propria dei canonisti. Cfr. anche WINDSCHEID, *Pandette,* § 367 nota 10 e autori ivi.

Per l'esenzione quanto alle donazioni da o al sovrano, cfr. RICHERI, *op. cit.*, § 528 e WINDSCHEID, *op. cit.*, § 367, nota 3. Per il diritto moderno, v. il caso Ville de Marseilles - Impératrice Eugenie ed altri casi nel vol. II, « Casistica ».

te che « *il ne s'agit donc ici que d'une faveur témoignée à la validité de ces actes par une dispense des formes* ».

Avremo occasione di vedere che la giurisprudenza francese e quella italiana si sono poste espressamente il problema di stabilire se la donazione fatta ad un ente pubblico sia soggetta alla forma dell'atto notarile, dato che certi requisiti formali e certe garanzie già sussistono appunto per l'intervento di un simile ente. Talvolta a quel problema si è data, più o meno chiaramente, una soluzione negativa (v. i casi Ville de Marseille - Imperatrice Eugénie, De Sanctis - Comune di Roma e altri, nel vol II « Casistica »).

Analoghi problemi si presentano per le promesse di premi banditi da enti, accademie o persone fisiche per opere letterarie, scientifiche, industriali, sportive, ecc., siano queste opere ancora da compiere (causa futura), siano esse già compiute (*causa praeterita*). Anche qui, non solo l'interesse del promittente è morale, ma spesso l'opera non implica alcun sacrificio patrimoniale per chi la compie (ad esempio, perchè conforme ai suoi piani o scopi, o perchè egli ne trae altri vantaggi, o perchè l'ha già compiuta): il che esclude il carattere di contratto a titolo oneroso. Ma anche qui la promessa non formale deve essere fatta al pubblico, sicchè ricorre la *ratio* generica che ha determinato la validità delle promesse al pubblico (v. sub *b*). Ma se la promessa è fatta a persone determinate o ad un ente, o se all'uopo si costituisca un ente (fondazione), sorgono gli stessi problemi testè accennati circo la causa sufficiente e la forma della donazione. Su tutto ciò rinviamo al vol. II « Casistica » e autori ivi, specie in nota al caso Spitalieri de Cessoles.

Se per tutti i casi menzionati in questa lettera *a* si accoglie l'opinione che, per l'esenzione dalla forma della donazione, occorre la promessa al pubblico, allora l'esenzione si giustifica con le ragioni proprie di questa promessa; non con la causa di pubblico interesse, la quale così cessa di essere *per sè* una *cause suffisante*.

b) *Le promesse al pubblico.*

Conviene in proposito distinguere tre casi:

1) Promesse a chi si trovi in una situazione determinata (2): la « situazione determinata » può rappresentare una causa di pubblico interesse, ma non necessariamente.

2) Promesse di ricompense o premi a chi ha già (al momento della promessa) compiuto una determinata opera o azione o raggiunto un determinato risultato (3).

3) Promesse di ricompense o premi a chi compirà l'opera ecc.: v. artt. dei codici ital., germ., svizzero e egiz. succitati a note 2 e 3.

Nel primo e nel secondo caso ovviamente non v'è onerosità neppur nel senso più lato (comprendente altresì il sacrificio non patrimoniale pel promissario), anche se il fatto, l'opera, ecc. *già* compiuti rappresentano un interesse patrimoniale diretto pel promittente: ad esempio, ritrovamento di cosa smarrita (avvenuto *prima* della promessa). Chi ha compiuto il fatto, l'opera, ecc., non si è assunto alcun sacrificio patrimoniale o non patrimoniale per ottenere la promessa o l'oggetto di questa. Nel caso del «trovarsi in una situazione determinata», ciò è ancora più evidente. Non si potrà quindi neppure presentare il problema dell'onere non avente carattere patrimoniale o non *appréciable à prix d'argent* (4), appunto perchè manca addirittura un onere. Vi potrà essere al massimo un'obbligazione naturale pel promittente, se il fatto compiuto ridonda a suo vantaggio (a parte l'obbligazione civile per gli oggetti smarriti). Ma neppure questo è necessario. Sot-

(2) Questo caso, che si è già menzionato sub *a,* è espressamente considerato nell'art. 1989 c. civ. ital. e non, invece, negli artt. 659 segg. cod. civ. germanico, 8 cod. svizzero obblig. e 162 c. civ. egiziano.

(3) Questo caso, che è implicitamente considerato dal nostro art. 1989 nella generica espressione « trovarsi in una situazione determinata », sembra pure considerato nell'art. 657 c. civ. germanico; non sembra invece lo sia negli art. 8 c. svizzero obblig. e 162 c. civ. egiz. che parlano di promessa « d'un prix ou d'une récompense en *échange* d'une prestation déterminée ».

In realtà, non v'è sostanziale differenza in quanto anche questi articoli ammettono che la promessa è vincolante indipendentemente dal fatto che chi ha compiuto l'azione o l'opera sapesse della promessa: il che toglie ogni interesse alla distinzione fra promessa per un fatto compiuto o da compiere.

(4) Nella *common law* tutte queste promesse, se non sono rivestite della forma, non sono valide in quanto vi manca la *consideration*; e per alcune di esse si dice espressamente che si tratta di *past consideration* (v. *infra* § 28 e 29).

to tutti gli aspetti manca quindi o può mancare una *cause suffisante* nel senso di cui ai §§ 10 e 11 (salvo naturalmente per la corrente francese di cui al § 9 nota 10).

Tuttavia, nella *civil law,* a seconda dei vari ordinamenti, quelle promesse sono valide anche se non rivestite della forma della donazione (5). Ma questo, non in vista di una causa di pubblico interesse o di un'obbligazione naturale (neppure necessarie), sibbene perchè le promesse al pubblico richiedono una particolare protezione (sanzione) in vista, sia del bisogno di certezza che vi è connesso e della fiducia che destano, sia dell'affidamento che vi fa chi le conosce, una volta che le conosce (anche se *dopo* aver compiuto il fatto), sia della serietà di chi fa simili promesse e del suo indubbio intento di vincolarsi giuridicamente (6). Perciò non si richiede nemmeno la accettazione (v. § 17).

Non parliamo poi delle complicazioni che sorgerebbero, se si ri-

(5) Veramente l'art. 1989 c. civ. ital., come quelli degli altri codici succitati, non esime espressamente la promessa dalla forma della donazione (pei casi in cui, mancando la *cause suffisante,* possa presentarsi il concetto tecnico o tradizionale di quella). Ma tale esenzione risulta dall'aver considerato tutte assieme queste promesse («onerose e gratuite»), in un unico *tipo,* in cui rilevante per l'applicazione delle norme è il fatto che la promessa sia diretta al pubblico. Del resto, la non necessità dell'accettazione esclude la possibilità di applicare lo schema formale-causale della donazione, pel quale occorre l'accettazione per atto notarile, notificata, ecc.

Tuttavia, qualche dubbio potrebbe presentare il caso di enorme sproporzione fra l'ammontare della promessa e l'importanza (secondo l'apprezzamento comune) della sua causa o scopo. Ma è un caso accademico, a parte la difficoltà di applicare la forma dell'atto notarile. Sorgerebbe anche il problema di vedere se non si tratti di un bluff, e di richiedere all'uopo degli elementi o criteri oggettivi di interpretazione per accertarsi della volontà effettiva di assumere un vincolo giuridico (v. § 1 nota in appendice).

(6) Naturalmente per la corrente francese menzionata al § 9 nota 10 non vi sarebbe bisogno di queste ragioni; basterebbe quella assorbente che ogni promessa non compiuta per puro spirito di liberalità o compiuta per una causa principale diversa da questa, non è donazione e non è soggetta alle relative forme, anche se è fatta a persona determinata. Cfr. infatti Demogue, *Traité des oblig.* cit., II, n. 746 segg., che confonde questi casi di promesse al pubblico con quelli della *cause raisonnable, plausible et suffisante.*

chiedesse la forma dell'atto notarile, al cui originale, depositato presso il notaio, dovrebbero rinviare i manifesti, avvisi, ecc.

Nel terzo caso (promessa a chi *compirà* ecc.), il fatto richiesto potrebbe non rappresentare alcun interesse patrimoniale pel promittente, nè alcun sacrificio patrimoniale per chi lo compie (v. sub *a*). Se la promessa fosse fatta a persona determinata, sorgerebbero i problemi della *cause suffisante* o della *charge non appréciable à prix d'argent* (v. § 10 e § 9 nota 4 per le *offres de concours*). Tali problemi sono invece superati quando la promessa è fatta al pubblico; e ciò per le ragioni testè accennate a proposito dei casi di cui sub 1° e 2° (v. anche nota 5 quanto al caso di eccessiva sproporzione). Resta soltanto il problema di sapere se occorre un'accettazione della promessa, almeno nel senso di aver compiuto il fatto o l'opera essendo a conoscenza della promessa stessa. Ma questo problema, negli artt. dei codici succitati, è risolto in senso negativo, per le ragioni sopra accennate (a parte la difficoltà di prova circa tale conoscenza o circa la data del compimento del fatto). Con che un'altra volta, salvo che dal fatto nasca un'obbligazione naturale, si potrebbe parlare di una promessa senza causa sufficiente (presente o *praeterita*) nel senso tradizionale.

La *common law,* come nei casi menzionati sub 1° e 2° vede una *past consideration*, o comunque una *consideration* non valida (v. nota 4), così nel terzo caso, in omaggio al principio che la *consideration* rappresenta l'accettazione di un *bargain*, richiede che il fatto richiesto venga compiuto essendosi a conoscenza della promessa (vedi *infra* § 29).

Per concludere: ben poco resta della causa di pubblico interesse come causa sufficiente ad escludere l'esigenza dello schema formale-causale della donazione. Invero, se quell'esigenza è esclusa, ciò si deve alle ragioni *generali* per la validità di una promessa al pubblico, o alle ragioni, altrettanto generali e assorbenti, per cui una certa corrente (francese) esclude la donazione, quando manchi il *puro* spirito di liberalità o quando vi sia una causa (presente o *praeterita*) *principale* diversa da quel puro spirito (v. sopra § 9 a 11).

Non mancano tuttavia dubbi e reviviscenze, sotto moderni aspetti, del favore per le *piae causae* (v. il passo succitato del Trasbot e la « Casistica » citata sopra sub *a*).

Anche qui gli autori, che hanno trattato questi problemi sotto il profilo del generico concetto di onerosità e di gratuità e invocando anche testi romani, non si sono resi conto del problema e hanno confuso l'aspetto di che sub *a* con quello di che sub *b* (7).

§ 13

Conclusioni sulla cause suffisante nelle obbligazioni di dare: un moderno contratto innominato (atipico) con il vestimentum della donazione anzichè dello scambio (bargain): sua importanza pratica e nel campo del diritto comparato. La concezione del dare a titolo oneroso (contratto a titolo oneroso di dare).

a) *Il moderno contratto innominato (nelle obbligazioni di dare) e il suo vestimentum.*

Le considerazioni svolte nei §§ 7 a 12 mostrano, se non erriamo, che nella moderna *civil law* è sorto un nuovo contratto innominato, nel senso di contratto atipico, *per quanto specificamente concerne le obbligazioni di dare.* Anche la *causa praeterita,* in certo senso, rappresenta un elemento variabile e atipico (v. sopra § 11).

L'elemento atipico consiste nel fatto che la controprestazione, in senso lato, o la causa presente o *praeterita,* non è suscettibile di valutazione economica (*appréciable à prix d'argent*), cioè non ha carat-

(7) Cfr. ad esempio, Ascoli, *Trattato delle donazioni* cit., 2ª ediz., pag. 92 segg.; Demogue, cit., a nota 6; Mosco, *Onerosità e gratuità,* cit., p. 198-201 e 298 e autori ivi (per quanto l'Ascoli e il Demogue non fossero in presenza di un testo come l'art. 1989 c. civ. it., ma v'erano già in vigore gli artt. dei codici germanico e svizzero succitati).

tere *tipicamente* economico (v. sopra § 10 nota 2). In questo carattere tipicamente economico consiste appunto l'elemento tipico nella *civil law* moderna. Inoltre la causa *praeterita,* anche se *appréciable à prix d'argent,* deve mantenersi in un certo rapporto oggettivo di proporzione rispetto al *quid promissum* (v. § 11).

La veste (*pactum vestitum*) di questo nuovo contratto innominato è lo schema formale-causale della donazione, anzichè la forma *omnibus* oppure lo schema dello scambio, come era nei diritti romano e medievale e come era ed è tuttora nella *common law* (schema del *bargain*: v. *infra* § 28 e 30).

Parliamo di una «*veste*», perchè, anche se l'intento concorde delle parti (consenso) non è diretto ad una donazione, ma ad uno scambio, ad un «pagamento» (per la *causa praeterita*) o comunque ad una causa diversa dal puro spirito di liberalità (v. § 9), il contratto non è giuridicamente sanzionato (*actionnable*), se non è rivestito dello schema formale-causale della donazione. Questo schema è, in fondo, l'unico schema formale che ci sia rimasto nella *civil law* moderna e che si possa all'uopo adoperare; l'unico rimasto, a seguito della decadenza e della scomparsa nella *civil law* moderna di una forma *omnibus* (v. § 18 e 34 *sub a*). Sicchè per questo schema della donazione si può dire, in certo senso, ciò che il Hamson dice a proposito dello schema del *bargain* nella *common law*, e cioè che esso è uno schema formale o una forma accanto alla forma *omnibus* (scomparsa nella *civil law*).

Le sentenze che esamineremo nel vol. II «Casistica» pongono espressamente, specie pei casi di donazione *cum onere* o *avec charges*, l'alternativa: donazione o contratto innominato di scambio, pur arrivando (quelle francesi in ispecie, ma v. anche il caso De Sanctis - Comune di Roma) ad assumere sotto lo schema dello scambio dei casi di controprestazione non avente carattere economico.

Come abbiamo avuto varie volte occasione di rilevare, la veste suddetta, con la conseguente limitazione del principio del nudo consenso, è assai più tenue per la corrente dominante nella giurisprudenza francese; ma, anche qui, come pure vedremo, essa sussiste, sia

pure, talvolta, sotto altri aspetti. La veste, invece, è assai più rigida per la corrente tradizionale che richiede il carattere tipicamente economico della controprestazione al fine di liberare il contratto dallo schema formale-causale della donazione (v. § 10 e 11).

b) La concezione del contratto (obbligazione) a titolo oneroso di dare.

Prima di procedere oltre, un chiarimento merita la qualifica di controprestazione non avente carattere tipicamente economico o patrimoniale: *appréciable à prix d'argent.* L'espressione potrebbe far credere che tale controprestazione sia considerata soltanto sotto il profilo del *vantaggio* — economico o patrimoniale (1) — di chi l'ha richiesta. In realtà, come avremo occasione di rilevare nel vol. II « Casistica », quel carattere va riferito altresì, anzi sopratutto, al *sacrificio* che deve compiere colui, cui quella controprestazione è richiesta, o, per usare un termine proprio della *common law,* al *detriment* (v. *infra*). Quando il sacrificio richiesto all'altro contraente è suscettibile di valutazione economica (s'intende tipica, v. sopra § 10 nota 2), cioè ha carattere patrimoniale nel senso suddetto, il contratto, in funzione del problema della *cause suffisante,* è da considerarsi a titolo oneroso o come contratto di scambio, valido senza bisogno della forma dell'atto notarile; purchè, s'intende, l'intento delle parti non sia diretto *principalmente* alla causa di liberalità (v. sopra § 10 *sub b*).

Le espressione usate dai nostri codici — v. ad esempio art. 1104 a 1006 c. civ. francese e art. 1101 c. civ. it. del 1865 (2) — sembrano

(1) Questi attributi di « economico o patrimoniale » possono destare qualche equivoco, quando si consideri l'interesse soggettivo del creditore alla prestazione (v. ad esempio art. 1174 c. civ. ital.). Sono termini equivoci e suscettibili di varie accezioni. Qui il termine « economico » allude alla possibilità di valutazione economica (tipica o oggettiva); e il termine « patrimoniale » allude ai riflessi che, sempre da un punto di vista oggettivo, ha sul patrimonio del creditore una prestazione, suscettibile di valutazione economica (in quel senso oggettivo).

(2) Il Tilocca, *Onerosità e gratuità,* cit., in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.,* 1953, p. 63, che considera come ben formulato l'art. 1001 vecchio cod. civ. ital., non ha tenuto presente quanto si dice nel testo.

alludere all'elemento del vantaggio reciproco pei contraenti. Ma la giurisprudenza, come vedremo nella « Casistica », ha rettificato ed ha eliminato questa apparenza. Basta un sacrificio patrimoniale del promissario, senza bisogno di investigare se il promittente ne trae un vantaggio patrimoniale (dal punto di vista oggettivo), o, ancor meno, se egli è ispirato da un interesse patrimoniale (dal punto di vista soggettivo). Infatti, per prendere un esempio fra i più semplici, se io ti prometto una certa somma, affinchè tu demolisca la tua casa, il contratto non è una donazione, benchè possa darsi che io non ne tragga alcun vantaggio patrimoniale o che il mio interesse sia, come si suol dire, morale o perfino capriccioso.

Tuttavia, anche il criterio oggettivo del carattere (tipicamente) patrimoniale del sacrificio, non sempre funziona e vi sono casi di carattere ambiguo, ove tale criterio di tipicità appunto non funziona (v. il caso Carrari-Masiero nella « Casistica ») (3).

---

(3) Il criterio del sacrificio avvicina la *civil law* alla *common law,* ove, come vedremo, la concezione della *consideration* è fondamentalmente quella di un *détriment,* piuttosto che quella di un *benefit.* Ma nella *common law* il *detriment* può anche non avere carattere patrimoniale (v. *infra* § 30). Questo ravvicinamento è ancor più sensibile, se si ammette con la giurisprudenza francese (v. anche il caso Carrari-Masiero) che il sacrificio del promissario possa anche avere carattere morale. Ma vi sarebbe sempre questa differenza: che per la *common law* il *detriment* non è necessariamente un sacrificio effettivo (*detriment in fact*): esso può ridursi anche al più leggero disturbo (*the slightest trouble*) e così ad un mero *legal detriment*: v. *infra* § 30.

Tuttavia, la giurisprudenza e una parte della dottrina francesi hanno spesso argomentato dal *benefit* e sono arrivate a escludere lo schema della donazione, perfino quando il *benefit* pel promittente è puramente morale e non implica alcun sacrificio reale pel promissario (v. sopra § 9, nota 10, e i casi Ville de Marseille; Lapeyre; Reverchon; de Mailly; David; Bresson, Cordepatre, ecc., nella « Casistica »). Per questa via la *civil law* arriverebbe perfino più in là della *common law.*

c) Importanza del nuovo contratto innominato di dare (cioè ove una delle prestazioni è un dare). Il c. d. contratto a interessi non economici.

Lo studio di questo contratto innominato di dare ha una grande importanza, anzitutto teorica. Invero lo studio del contratto atipico in genere è di fondamentale interesse per intendere lo spirito di un dato diritto positivo o di un dato sistema contrattuale. E' di fronte a questi contratti, e specialmente a quelli ov'è un elemento non tipicamente economico, che si fa sentire più vivo il problema del contratto, cioè del fondamento della sua sanzione in un dato diritto positivo: l'attenzione del giurista si risveglia, quando egli è invitato a uscire dalle strade battute dei casi tipici. Sarà questa, in fondo, la conclusione del nostro volume II, « Casistica », cui rinviamo.

Inoltre, quanto al diritto comparato, è proprio qui (nel campo dei contratti atipici, e specialmente delle promesse di dare per una controprestazione non tipicamente economica o per una *causa praeterita*) che si manifesta una delle differenze più notevoli e più significative fra la *civil law* e la *common law*: v. supra § 7 e § 9-12 *passim* e *infra* § 19 *sub e* in fine e § 30, 33 e 35.

Ma l'importanza del nuovo contratto innominato di dare non è soltanto teorica. E' anche pratica. Le considerazioni fatte nei §§ 9 a 12 possono già dare la sensazione della vastità del fenomeno nella vita pratica. E, quando si sarà fatta la storia delle c.d. donazioni per una causa diversa dallo spirito di liberalità, la loro importanza qualitativa e quantitativa verrà ancor meglio alla luce (v. anche sopra § 9).

Ma per rendersi esattamente conto della vastità del fenomeno e della gravità dei problemi inerenti, bisogna attendere di aver dato almeno una scorsa al vol. II (« Casistica ») e di continuare poi per proprio conto l'indagine sui repertori di giurisprudenza dei vari paesi.

Dopo questa esperienza, ed altre che converrà fare, si potrà vedere se sia esatta l'affermazione del Josserand, che nella civiltà moderna il titolo gratuito ha ceduto quasi interamente il posto al titolo

oneroso, anche in quanto, dice quest'autore, le ingiustizie sociali e le ineguaglianze, che erano alla base dei sistemi economico-giuridici antichi e che determinavano, come correttivi, la carità e la generosità, sono superate (4).

Ovviamente, il Josserand sembra riferirsi alle donazioni pure o ispirate dal puro spirito di liberalità (in verità, assai rare nel passato come oggi). Ma quando si considerino tutti i negozi che vengono fatti rientrare nello schema della donazione o, almeno, tutti i negozi pei quali il problema si presenta (c. d. contratti a interessi non economici), allora le cose cambiano. L'importanza e la frequenza di questi negozi, anzichè diminuire, va crescendo. In un mondo in cui, dopo i trionfi del liberismo economico, l'attività economica individuale subisce, direttamente o indirettamente, restrizioni, limitazioni, discipline, e in cui il contratto nel campo economico sembra subire un processo di decadenza, in un simile mondo il contratto come mezzo di soddisfazione di interessi individuali sembra destinato a svilupparsi nel campo degli interessi non economici; lo spirito o la passione della personalità, compresso in quel campo, sembra cercare uno sfogo in quest'altro. Ed è da augurarsi che sia così, se il contratto, come mezzo di sviluppo della personalità, ha una funzione nella storia del vivere civile (5).

---

(4) JOSSERAND, *La decadenza del titolo gratuito e la sua trasformazione*, in *Annuario di diritto comparato,* 1930, p. 3 segg.

(5) Un'evoluzione in questo senso si potrebbe intravvedere in quanto avviene negli Stati Uniti, paese all'avanguardia nel campo del processo economico di *mass production* con l'inerente processo dei contratti di massa (fatti su uno stampo prestabilito o *standard,* conforme alle esigenze di quella produzione di massa e della relativa distribuzione). Un simile processo limita moltissimo il campo del contratto (a interessi economici) determinato da esigenze o gusti personali o il cui contenuto può essere liberamente determinato dall'individuo. Appunto negli Stati Uniti, se la mia esperienza non erra, si assiste ad un notevole sviluppo del contratto nel campo degli interessi non economici, religiosi, morali *lato sensu,* politici, culturali, sportivi e perfino degli interessi cosidetti futili o capricciosi. V. in questo senso un mio articolo « *Il contratto a interessi non economici* » che spero di poter pubblicare fra non molto. Ivi si potrà anche vedere se la teoria della c.d. funzione economico-sociale del contratto, che tende ad escludere o mettere all'indice gli interessi

Il problema piuttosto è un altro: è quello di vedere se, rispettivamente nella *civil law* e nella *common law,* le regole concernenti gli schemi più o meno formali, in cui viene sussunto il contratto a interessi non economici, siano adatte allo sviluppo di questo o, comunque, alle sue particolari esigenze nel mondo contemporaneo, o se non sia opportuna una revisione di questa materia di politica legislativa.

Ma anche questo è altro problema, che non è possibile trattare qui (6).

d) Il pactum vestitum nell'obbligazione di dare.

La realtà nel campo delle obbligazioni di dare non è quella del nudo consenso, ma quella di un sistema di patti vestiti (veste più tenue, come avremo occasione di vedere, nella giurisprudenza francese).

E valga il vero.

La prima veste è il contratto tipico di scambio o, per dir meglio, lo scambio fra un'obbligazione di dare e una controprestazione avente carattere tipicamente economico. Questa veste è sufficiente, salvo vi sia l'intento *principale* (e concorde) di donare, chè, allora, occorre la forma dell'atto notarile: v. § 10 *sub b.*

Se manca questo *vestimentum,* e vi è pura donazione, occorre la forma dell'atto notarile. Ma, anche quando (sempre mancando tale *vestimentum*) v'è una causa presente o futura, la tendenza è quella di imporre lo schema formale-causale della donazione.

Se v'è una *causa praeterita,* questa tendenza si fa ancor più forte.

---

individuali atipici e quelli capricciosi, futili, ecc., rappresenti veramente un fattore di civiltà (v. *infra* § 19, sub *e*).

(6) V. il mio lavoro menzionato a nota prec. Sorge il sospetto che il diritto moderno, specie quello della *civil law,* abbia troppo avuto di mira il contratto a interessi economici come contratto *par excellente* e abbia forgiato su questa base le sue regole generali o, quanto meno, non abbia chiaramente espresso e determinato le regole concernenti il contratto a interessi non economici. E' questo un effetto dell'economismo moderno? (v. infra § 19 sub *e*).

Vi sono poi certe promesse (di assegno ai figli, di adempimento di una fiducia, di un patto nullo per difetto di forma ed altre) che soggiaciono ad un regime formale speciale: v. sopra § 11 *sub d.*

Quanto meno, in tutti questi casi, anche se non si impone lo schema formale-causale della donazione (giurisprudenza francese), la promessa vale in quanto sussista una certa veste, sia pure tenue e non sempre avvertita (v. § 10 *sub e*, § 17).

In conclusione, se da tutte queste vesti il « patto nudo » si salva, si è perchè in realtà esso non è nudo, ma si presenta sotto la veste del contratto tipico di scambio nel senso suddetto (7): e ciò a parte che molto spesso, e pei contratti praticamente più importanti, v'è qui una *seconda* veste, formale (v. *infra* § 18).

Sicchè nel campo delle obbligazioni di *dare* nessuna promessa si salva veramente nuda. La nudità del patto non è una condizione di sua decenza neanche oggi.

Vedremo come ciò sia vero, benchè in un senso più limitato, anche per le altre obbligazioni.

Grozio, esperto di diritto naturale e anche di quello positivo, non scherzava, ma intuiva profondamente lo spirito della *civil law,* quando affermava sostanzialmente che nei contratti tipici di scambio la *causa civilis* è sufficiente, mentre per gli altri occorre una causa ragionevole (*rectius,* sufficiente nel caso delle obbligazioni di dare): v. sopra § 4 *sub d.*

Non si tratta più dei contratti tipici del diritto romano, ma di un nuovo elemento tipico (§ 10 nota 2), che consiste nel carattere tipicamente economico della controprestazione, per cui ci si obbliga a dare.

---

(7) La *ratio* dell'esigenza di questo elemento tipico o dello scambio tipico non è la funzione economico-sociale, ma la protezione del promittente e della sua famiglia, insieme con l'esigenza di certezza (v. sopra § 10 *sub b*), e, anche, con quella di facilmente individuare l'intento di contrarre un'obbligazione in senso giuridico (v. sopra § 1 nota in appendice).

Il ricorso, qui, ad un *tipo* ha indotto in equivoco la teoria della funzione economico-sociale nel suo argomentare dalla tipicità (v. *infra* § 19, specie *sub b*).

Tutto questo, in fondo, è espresso in uno dei più diffusi Trattati elementari di *civil law*: « *En déniant à la volonté, le pouvoir de s'obliger* sans cause, *le code met en oeuvre cette idée que les activités juridiques s'assignent de fins égoïstes: on n'a droit à una prestation qu'a la condition de consentir un sacrifice.*

Donnant donnant: *telle est la loi qui domine le contrat. Elle ne souffre d'exception qu'en matière de libéralité, mais on verra que le code tient les libéralités en défiance et les soumet à une réglementation restrictive* »: PLANIOL, *Traité élémentaire,* cit., II, n. 303. Dove, a parte il *pouvoir de la volonté* (v. sopra § 6) e la solita generalizzazione o estensione del principio alle obbligazioni anche non di dare, è chiaro che la *cause* delle *obligations de donner*, per escludere l'idea e la forma della donazione, dev'essere una controprestazione o sacrificio avente carattere tipicamente economico (un altro *donner* in senso lato).

Come abbiamo visto, questo nuovo sistema di patti non è meno complicato di quello romano, nè meno lontano dalla semplicità del diritto naturale, (Pothier: sopra § 5 *sub b*), anzi dà luogo a più gravi incertezze.

e) Il silenzio dei nostri codici sulla cause suffisante.

Nonostante l'importanza, anche pratica, dei problemi cui dà luogo la *cause suffisante* nelle obbligazioni di dare, e in genere nel sistema contrattuale, i nostri codici non ne parlano.

La causa, di cui parlano gli artt. 1131 cod. civ. francese e altri simili (ad esempio art. 1119 nostro cod. civ. del 1865; art. 136 cod. civ. egiz., ecc.), non è la *cause suffisante* nel senso fin qui illustrato. Essa è piuttosto la causa nel senso e in funzione dei problemi dell'illiceità del contratto e dello scopo erroneo, non realizzato o non realizzabile (oltre che della simulazione): problemi ben diversi: v. *infra* § 22. La prova ne è che il problema della *cause suffisante* si presenta anche sotto l'impero di quei codici che non parlano della « causa del contratto » (come il codice germanico: v. sopra § 10 in fine).

Gli è che i nostri codici sono tutti permeati dal pregiudizio del nudo consenso e influenzati dalle proclamazioni retoriche di Domat, di Pothier e dei giusnaturalisti (v. sopra §§ 4 e 5). Ma il principio della *cause suffisante* è ben presente nella giurisprudenza (v. « Casistica »). Lo stesso Dalloz, *Codes annotés* cit., ne parla sotto l'articolo 1131, c. civ. francese, benchè, a vero dire, questo articolo non consideri il problema.

Quanto al nuovo codice civile italiano, esso pure è muto in proposito. La « causa », di cui parla l'art. 1325, non è la *cause suffisante,* in relazione al problema della forma nelle obbligazioni di dare; ma è piuttosto, come la dottrina ha chiarito, la cosidetta funzione economico-sociale del contratto; quella funzione o interesse per cui, secondo l'art. 1322, il contratto è « meritevole di tutela giuridica » (v. *infra* § 19). Lo stesso art. 1325 distingue il requisito della causa da quello della forma (ivi compresa la forma della donazione), col quale ultimo si pone, anzi fa tutt'uno, il problema della *cause suffisante* nelle obbligazioni di dare. Qui, pel nuovo codice ital., l'equivoca concezione dell'autonomia contrattuale (v. sopra § 6) e una reazione opposta al principio del nudo consenso, con le relative generalizzazioni teoriche, hanno nascosto la realtà del problema della *cause suffisante* nelle obbligazioni di dare.

Dati questi atteggiamenti dei vari codici di *civil law,* non si può fare eccessiva colpa alla dottrina se essa, come opera di sistemazione, non ha incluso la *cause suffisante* fra i requisiti del contratto o le limitazioni al principio del nudo consenso. Le si può tuttavia fare l'appunto di aver quasi trascurato l'imponente fenomeno giurisprudenziale che, insieme col diritto comparato, ci ha suggerito i problemi trattati nel § 1 e segg. (v. vol. II « Casistica »).

§ 14

Il principio del nudo consenso (pactum nudum) nelle obbligazioni diverse da quelle di dare

a) Premessa.

Fin qui abbiamo parlato delle obbligazioni di dare, in base al già rilevato principio (proprio della *civil law* e non della *common law* e di altri ordinamenti), di una diversità di trattamento fra le obbligazioni di dare e le altre obbligazioni quanto al valore del nudo consenso o patto nudo (v. § 7).

Infatti, passando alle obbligazioni di fare, non fare, prestare (in senso lato), sembra che in questo campo veramente domini il principio del nudo consenso, purchè sia dato *serio et deliberato animo,* cioè con l'intento di contrarre un vincolo in senso giuridico. Ma è proprio su quest'ultimo punto, come vedremo, che sorgono dubbi gravi (sul significato e sulla portata di quell'intento, v. § 1 nota in appendice). Ad ogni modo, guardando a fondo nel sistema di *civil law,* e a parte le solite retoriche proclamazioni su quel principio, si può vedere che la realtà è assai diversa dall'apparenza che quelle proclamazioni hanno creato.

Come il lettore potrà rilevare, riflettendo sulle pagine che seguono, i problemi che si presentano e le ragioni pratiche per risolverli, sono quelli accennati nel § 1 *sub b* e nota in appendice allo stesso § 1, e nel § 3 *sub b.* Sono, in fondo, i problemi che presenta il carattere atipico del contratto.

b) I cosidetti rapporti sociali, morali, di cortesia, d'onore, ecc.

In questo campo conviene distinguere:

1°) Quelle prestazioni, in senso lato, o contegni, che, in relazione alle circostanze facenti tutt'uno con le prestazioni stesse, hanno un carattere tipicamente economico (su ciò v. sopra § 10 nota 2) o, come si suol anche dire, costituiscono (*normalmente*) l'oggetto di

contratti o promesse in senso giuridico (1): prestazioni rispetto alle quali i dubbi sorgono soltanto pel caso in cui l'obbligazione sia a titolo gratuito;

2°) le prestazioni non aventi tale carattere.

Come vedremo, anche nel primo caso il contratto può presentare un certo carattere atipico o non usuale. Ma questo carattere è più saliente nel secondo caso. Incominciamo pertanto da questo.

Si tratta, ad esempio, delle promesse: di partecipare ad un pranzo, ad una gita, ad una partita di caccia, di cricket, ad un torneo (disinteressato) di bridge o di scopone, ecc. (pel torneo di football, anche *en amateur,* il caso, dati gli attuali costumi, sembra più vicino all'intento giuridico). Si tratta, ancora, delle promesse di fare un viaggio, non fumare, non bere, non giocare a carte, ecc. Si tratta, in altri termini, di quelle prestazioni o contegni che il Von Tuhr chiama « non atti a costituire l'oggetto di un rapporto giuridico » (2).

---

(1) E' in relazione a questa normalità che nel caso Perino cr. Rabezzana il Tribunale di Torino (12 nov. 1947, *Foro Padano,* 1948, 200) ha ritenuto esservi contratto in senso giuridico soltanto in presenza di un « intento empirico diretto a provvedere ad un dato regolamento di interessi di contenuto *patrimoniale* ». V. anche l'equivoco art. 1321 c. civ. ital., che in realtà non esclude la clausola penale per prestazioni non aventi quel carattere (v. § 20).

(2) *Allg. Teil des deut. bürg Rechts,* cit., II, § 50, pag. 170. Il Von Tuhr, come molti altri, offre l'esempio di un invito a pranzo. Ma in realtà il prestare un pranzo può essere una prestazione tipicamente economica ed essere così l'oggetto di un rapporto giuridico, anche seguendo la concezione del Von Tuhr e di altri (v. nota 3). Ciò che fa uscire il rapporto dal campo giuridico è, non la natura della prestazione, ma l'accento messo sul termine « invito », cioè su un concetto che allude ad un rapporto sociale.

Il Von Tuhr, citando altri autori tedeschi (e noi potremmo citare i nostri e il nostro codice sulla funzione economico-sociale del contratto: v. § 19 e 20 *sub a*), aggiunge che in questi casi, anche se la promessa è fatta con l'intento di contrarre un vincolo giuridico, questo non sorge, « perchè l'interesse del creditore *non merita* la tutela giuridica ». Cfr. anche Betti, *Neg. giur.* cit., 2ª ediz., pag. 88, 102, 120, 392; e altri autori ivi. Ma v. su ciò *infra* nel testo. Invece per altro caso citato dal Von Tuhr si tratta probabilmente di illiceità della promessa.

Per la tesi, da noi accolta, che, in fondo, tutto si riduce al problema (in concreto) dell'intento di contrarre un vincolo sul piano giuridico: cfr. Planiol,

In realtà quest'attitudine a costituire l'oggetto di rapporti giuridici non dipende dalla natura della prestazione in sè, ma dall'uso sociale, dal costume, dagli interessi, dalla mentalità di una società storicamente determinata, da «*les moeurs*», per usare una caratteristica espressione francese (v. sopra § 10 nota 2).

In genere tale attitudine dipende dall'avere la prestazione, secondo tali «*moeurs*», carattere tipicamente economico o suscettibile di valutazione economica, secondo appunto il comune apprezzamento.

Di più: per quanto abbiamo parlato di prestazioni non aventi *oggettivamente,* secondo il costume, questo carattere, nella realtà è ben difficile trovare prestazioni del genere, le quali, cioè, non possano presentare in modo assoluto o per *sè* un carattere economico. Invero, almeno dal punto di vista del sacrificio di chi le compie, questo, anche in alcuni dei casi suaccennati, può essere un sacrificio patrimoniale o *appréciable à prix d'argent,* o può anche costituire in certi casi una prestazione di scambio economico (si pensi al caso di chi, professionalmente, si presta a fare con altri, come maestro o come «compagno», delle partite a golf). Sono, dunque, le circostanze, più che la prestazione in sè, le quali ci dicono se questa, secondo il costume o *les moeurs,* ha un carattere tipicamente economico nel senso suddetto (v. note 2 e 3).

Il problema che sorge in questi casi è in realtà un altro. E precisamente: poichè si tratta di prestazioni che *normalmente* (secondo il cennato costume) non formano l'oggetto di vincoli giuridici, o che non hanno normalmente carattere economico, sorge:

— da un lato, il dubbio grave e quasi insolubile sull'intento di contrarre un vincolo in senso giuridico (3);

Traité pratique, cit., VI, n. 99; DEMOGUE, *Traité des oblig.,* cit. I, n. 158; LORENZEN, *Cause and Consideration,* in *Yale Law Journal,* 1919, vol. XXVIII, p. 644.

(3) Neppure la reciprocità della promessa (ad es. di partecipare ad una partita a golf) può risolvere il dubbio. E così non lo risolve la dottrina della *consideration* nella *common law.* Cfr. in proposito il caso Medici del Vascello-Rossi nel Vol. II «Casistica» e la nostra nota ivi. Cfr. anche ANSON, *Princi-*

— dall'altro, la difficoltà, quasi insuperabile anche pei sistemi di *civil law* che ammettono la riparazione dei c.d. danni morali, di determinare il danno subito per l'inadempimento della promessa, e così di sanzionare questa (non potendosi pensare ad un'esecuzione coatta) (4).

Questi dubbi o queste difficoltà in pratica si superano soltanto con la presenza di una clausola penale (sulla cui importanza, per lo sviluppo dei contratti atipici, v. sopra § 3 *sub a* ed *infra* § 21). Questa clausola, mentre risolve il problema del danno, mostra, al tempo stesso, l'intento di contrarre un vincolo in senso giuridi-

---

ples of the English law of contract, 19ª ediz., Oxford 1949 (ristampa), p. 49: « *Sometimes it is clear from the nature of the agreement that there was no intention to enter into a binding contract. On this footing stand engagements of pleasure or agreements which from their nature do not admit of being regarded as business transactions. We cannot always say that the reason why such engagements are not to be regarded as contracts is because they are not reducible to a money value, for they often may be. The acceptance of an invitation to dinner or to play in a cricket match, of an offer by a husband to a wife to pay a certain sum each week as a household allowance, form agreements in which the parties may incur expense in the fulfilment of their mutual promises. The damages resulting from breach might be ascertainable, but the Courts would probably hold that, as no legal consequences were contemplated by the parties, no action would lie* ». E l'Anson cita il caso inglese Balfour v. Balfour, (1919) 2, K. B., 571 (v. vol. II « Casistica »). Il WILLISTON, *Law of contracts,* § 21 (*infra,* cit. al § 26) osserva: « *There seems no reason why merely social engagements should not create a contract if the requisites for the formation of a contract... exist* ». E cita il caso Bolton v. Madden: v. vol. II « Casistica ». Ma su Williston, v. sopra § 1, nota 4

Interessantissimo questo passo dell'Anson, sia perchè allude alle *business transactions* (noi diremmo: negozi giuridici di carattere economico), come base normale dell'intento di contrarre un vincolo giuridico; sia perchè vi è chiaro che la c.d. *natura* degli altri accordi, di non essere, cioè, per sè atti a costituire l'oggetto di rapporti giuridici, dipende dalle circostanze che colorano la stessa prestazione e fanno *tutt'uno con essa* (una prestazione astratta, *in sè,* non esiste); sia perchè, infine, appare anche qui il concetto dell'*appréciable à prix d'argent* (almeno, quanto al sacrificio patrimoniale).

(4) Perciò, neppure servirebbe, probabilmente, una formula solenne del tipo di quelle menzionate *infra* sub *e,* nota 16, salvo si ammettano i *nominal damages* (*common law*) oppure le *astreintes.*

co (5). E quando sia presente una simile clausola, è vano indagare sull'interesse (del creditore) alla prestazione, sul suo carattere più o meno degno della tutela guiridica, purchè si tratti di un contratto *lecito*. Il che è riconosciuto dagli stessi fautori della funzione economico-sociale del contratto (v. *infra* § 19 *sub b,* 3° e § 20; e v. sopra nota 1).

Così, se una persona promette ad un'altra, sotto una clausola penale, di partecipare ad un pranzo, ad una partita di caccia, di golf, ecc., ad un torneo (disinteressato) di scopone, ecc., di non giocare a carte, di andare a studiare in una certa università ecc.

Il Pothier, col suo fine intuito, trattava questi casi sotto il titolo dell'interesse *appréciable* (*en argent!*) *du créancier;* e ne diceva che, se le promesse di simili prestazioni sono assistite da una clausola penale, esse sono valide (6).

La clausola penale (o, almeno, certe forme o formule solenni) in questi casi, è praticamente il *vestimentum* necessario alla validità del patto, appunto perchè siamo nei casi della massima atipicità del contratto o del suo massimo carattere di «innominato» (cfr. sopra nota in appendice al § 1).

Neppure la presenza di una controprestazione di carattere tipicamente economico può sempre risolvere il dubbio, se questa controprestazione è un fare. Diversamente, se essa è quella di pagare una somma o di *dare* in genere un bene avente carattere conomico. In quest'ultimo caso, quando uno prometta ad altri una somma con che questi assuma l'obbligazione (7) di partecipare ad una partita di

---

(5) Cfr. nel Vol. II «Casistica «, il caso Société Cultuelle de Secours Israélite cr. Barouk e la nostra nota ivi.

(6) POTHIER, *Traité des oblig.*, cit., n. 139-140. Il Pothier aggiunge anche l'esempio della promessa di una somma «*si vous veniez étudier en droit à Orléans*», intendendo con ciò dire, sia pure in modo equivoco, che la pressione sulla volontà dell'altra parte si può ottenere, anzichè con una sanzione, con l'incentivo di un premio o di una ricompensa, *giuridicamente* condizionato all'esecuzione della prestazione *richiesta* (v. per questo concetto nella *common law, infra* § 26 e 29).

(7) Non semplicemente «a condizione che egli partecipi, ecc.» (v. sopra nota 6).

caccia, di golf, ecc., l'intento concorde delle parti, che anche questa obbligazione sia un vincolo giuridico, può essere meno dubbio (*quaestio facti*); e l'unica questione sarà quella della liquidazione del danno, cui, per una via o per l'altra, il giudice dovrebbe arrivare.

Infine, oltre il problema dell'intento di contrarre un vincolo giuridico, può presentarsi quello di una *cause juste* o di un rapporto di proporzione fra la sanzione o peso imposto sul debitore (nella forma della clausola penale o altra simile) e l'interesse del creditore: v. *infra* § 20 *sub b* e 21.

c) Le obbligazioni bilaterali di prestazioni diverse dal dare (aventi entrambe, o l'una di esse, carattere tipicamente economico).

Come si è accennato, in alcuni di questi casi può sorgere il dubbio sull'intento di contrarre un vincolo giuridico: per esempio, se io ti prometto di condurti domani in auto al villaggio di X e tu mi prometti in cambio di guidare la macchina e di pagarmi un pranzo: tutte prestazioni (*diverse dal dare*) che possono costituire, come aventi carattere tipicamente economico, l'oggetto di un vincolo giuridico (v. nel vol. II il caso X cr. Y deciso dalla Corte di Rouen 17-11-1933).

Anche qui una clausola penale, o altri elementi, possono risolvere il dubbio (v. ad esempio le formule solenni menzionate *infra sub e* nota 16).

Se invece una delle prestazioni è un dare (s'intende, nel senso tecnico del dare un bene avente carattere tipicamente economico), allora, salvo casi rari, il dubbio sull'intento di contrarre un vincolo in senso giuridico non sorge. Ad esempio: ti prometto una certa somma, *se* tu domani mi conduci con la tua auto a X, guidi la mia macchina, mi paghi un pranzo, ecc. (oppure ti obblighi a fare ciò).

Ma si potrebbe allora presentare la questione della donazione *cum onere* e della relativa forma, secondo il criterio soggettivo dell'intento *principale* delle parti (v. sopra § 10 sub *b*); oppure, median-

te un criterio oggettivo, se l'altra prestazione non ha carattere tipicamente economico (v. sopra § 10 *sub b*).

Questo problema, e così il problema della forma, non si presenta invece se entrambe le prestazioni sono diverse dal dare, anche se l'una di esse non ha carattere tipicamente economico. In questo caso la forma (schema formale-casuale) della donazione non è mai richiesta.

Comunque, anche se nessuna forma è richiesta, un certo *vestimentum* del patto o promessa è anche qui presente: e precisamente: l'elemento di una controprestazione (*in obligatione* o come condizione della promessa altrui).

Per concludere sui casi esaminati fin qui sub b e sub c: si tratta sempre di patti vestiti. Il *vestimentum* consiste: pei casi menzionati *sub b,* nella presenza di una clausola penale, di forme o formule solenni, o di una controprestazione di *dare;* pei casi menzionati *sub c,* in un contratto *tipico* di *scambio* (locazione d'opera, ecc. su questa c.d. *causa civilis*, v. § 13 *sub d*), oppure nella presenza di una clausola penale o di forme o formule solenni o nel fatto che una delle prestazioni convenute è un *dare.*

Come si è accennato, può presentarsi anche il problema della *cause juste* come *vestimentum*: v. *infra* § 20 *sub b* e § 21.

d) Le obbligazioni a titolo gratuito di una prestazione diversa dal dare e avente carattere tipicamente economico: l'elemento reale (consegna) e quello tipico: in particolare, il trasporto gratuito.

Passiamo ora a questo problema, che è il più delicato. Si tratta, ad esempio, dell'obbligazione di custodire una cosa altrui, di prestare (in senso lato) una cosa; di eseguire un trasporto di cose o persone, ecc. Si allude, com'è chiaro, ai casi del deposito, del comodato, del mutuo, del trasporto, sia come « contratti reali », che come promesse di ricevere in deposito, di prestare, trasportare, ecc.

Va considerato anche il caso del mandato.

Tutte queste prestazioni, diverse dal dare in senso tecnico, hanno carattere tipicamente economico, nel senso che, secondo l'apprezzamento comune o il costume di date società (compresa la nostra), esse sono suscettibili di valutazione economica, sicchè, quando un corrispettivo sia dovuto, ma non stabilito o liquidato (o si tratti di un caso di c.d. ingiusto arricchimento), il giudice è in condizioni, usando del metro oggettivo di quell'apprezzamento comune, di liquidarne il valore in danaro (8).

Come si è accennato *sub b,* il problema grave sorge quando questi vincoli sono contratti a titolo gratuito.

Il dubbio concerne sopratutto l'intento di contrarre un vincolo sul piano giuridico; ma, come vedremo, vi è in certo senso connesso anche il problema di stabilire se sia giusto o fino a che punto sia giusto condannare chi ha assunto il vincolo.

La saggezza degli antichi, e anche di certi moderni, aveva cercato di risolvere questi dubbi ricorrendo al criterio della *res.* Se si riceve la cosa in deposito, o la si consegna a titolo di comodato o di mutuo, si considera senz'altro come contratto il vincolo giuridico (di custodire la cosa, di prestarne il godimento o di lasciare godere la cosa entro certi limiti).

Ma neppure questo della *res,* o elemento reale, *è in sè e per sè* un criterio sicuro. Tutto dipende, anche qui, dall'uso sociale, dal costume di una data società e così dal suo modo di considerare come *tipicamente* giuridici alcuni di questi affari (9). Mentre nel ricevere in deposito, nel consegnare a comodato o a mutuo si vede l'intento di contrarre un vincolo giuridico, intento inoppugnabile, salvo delle chiare riserve note all'altra parte (10); nel caso del trasporto gra-

(8) In realtà, come si è rilevato alle note 2 e 3, la differenza fra questi casi e quelli menzionati *sub b,* quanto alla suddetta tipicità economica, è piuttosto una differenza quantitativa (quantità dei casi, aventi carattere economico) che qualitativa.

(9) Sui rapporti fra questa c.d. tipicità sociale, o in genere la tipicità di cui si parla in questo §, e la teoria della funzione economico-sociale, v. *infra* § 19, specialmente nota 13.

(10) Interessante in questo senso il caso Mulas cr. Tedda Serra; v. vol.

tuito, invece, manca quel criterio certo di un affare (secondo i nostri costumi o *moeurs*) tipicamente giuridico. Il ricevere a bordo della propria vettura una cosa altrui e ancor più la persona altrui, questo elemento reale non è un criterio sicuro per stabilire l'intento di contrarre un vincolo in senso giuridico (11). Ciò che dà luogo alla famosa distinzione del « trasporto gratuito » (vale a dire con l'intento di

---

II « Casistica », sul deposito di cortesia, e la nostra nota ivi.

Sulle necessità e sulla portata di tali riserve, di non voler assumere un vincolo giuridico in un contratto tipicamente giuridico: v. sopra § 1 nota in appendice.

(11) Sullo stato attuale della questione, cfr. ASQUINI, in *Riv. dir. com.*, 1952, II, pag. 1 segg. e ivi le citazioni di giurisprudenza e dottrina; FORCHIELLI, *Deposito di cortesia o deposito gratuito,* in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1953, p. 290 segg.; e pel trasporto amichevole di cose, PACIFICI, in *Foro it.*, 1952, I, p. 1508; PLANIOL, *Traité pratique,* cit., VI, n. 38 e 99; CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français,* Thèse, Paris, 1931, pag. 25 e 29; nonchè la nota della *Revue Trim. de droit civ.*, 1933, p. 875 in nota al caso X cr. Y, Corte Rouen 17-XI-1933 (v. Vol. II, « Casistica »).

La questione che si pone in questi casi da autori e giurisprudenza non è tanto quella dell'obbligo di eseguire (fino al suo termine) il trasporto, quanto quella della cattiva esecuzione, e così quella della natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità in caso di accidente: questione che ha riflessi importanti sull'onere della prova e, in definitiva, sulla misura della responsabilità, dato che quella imposta dall'art. 1218 c. civ. ital. (1147 c. c. francese) si avvicina assai alla garanzia di un risultato.

La questione della cattiva esecuzione (*mis feasance*) rispetto alla non esecuzione (*non feasance*) si era già presentata alla *common law* nella storia dell'azione di *assumpsit*; azione di equivoco carattere, fra il delittuale e il contrattuale (v. *infra,* § 26, proprio, fra l'altro, per un caso di trasporto); come appunto, anche oggi, in caso di accidente nel trasporto, è equivoca la posizione fra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale. Talchè questa si può anche far discendere da un « contegno concludente (del vettore) che giustifica nell'altra parte l'aspettativa di cautele idonee ad assicurare l'incolumità personale per la durata del viaggio, ancorchè non vi sia la promessa nè la garanzia di condurre fino al luogo di destinazione ». Questo interessante passo del BETTI (*Neg. giur.*, cit., 2ª ediz., pag. 90) riproduce, suggestivamente, la prima fase dell'*assumpsit,* prima dell'enuclearsi di una vera e propria azione contrattuale, fase che si fondava appunto sull'*assumpsit* (espresso) come giustificante l'aspettativa o affidamento (*reliance*) dell'altra parte. Ma qui l'*assumpsit* (l'assumere il trasporto o una prestazione in genere) era espresso e, in genere, concorreva una controprestazione (*consideration*): v. *infra,* § 26.

contrarre un vincolo giuridico) e del « trasporto di cortesia »; dove la distinzione è ancora una questione di terminologia, più o meno espressiva o incisiva, poichè si tratta appunto di vedere quando vi è l'intento di un gratuito vincolo giuridico e quando v'è l'intento di cortesia. Che è, squisitamente, una *quaestio facti* o di circostanze del caso concreto (v. il caso Perino cr. Rabezzana nel vol. II, «Casistica»).

Nè si può dire che nel caso del deposito, ciò che decide (a rendere perfino inoppugnabile l'intento giuridico, salvo chiare riserve) è il concetto dell'affidamento o l'esigenza di proteggere l'affidamento dei propri beni. Chè un simile affidamento e una simile esigenza si presentano anche nel caso di chi affida i propri beni o le proprie persone ad altri per il trasporto. Sotto questo profilo, non vi è alcuna differenza fra l'affidare in deposito e l'affidare pel trasporto: anzi, in quest'ultimo caso, specialmente per la persona, gli effetti o i rischi dell'affidamento sono più gravi. Ma la distinzione fra i due casi non può fondarsi che sul costume sociale nel senso anzidetto, e così nel senso che, secondo questo costume (il nostro, della nostra società o di altre simili), il ricevere a bordo cose o persone non significa, nella normalità dei casi, voler contrarre un vincolo giuridico e fare affidamento, dall'altra parte, su un vincolo del genere (salvo la semplice responsabilità per la *custodia* delle cose). Inoltre, alla formazione e al consolidamento (oggi) di questo costume concorre una considerazione molto importante: gli è che i rischi del trasporto pel vettore sono molto più gravi che quelli del deposito; la prestazione ha un carattere, per così dire, dinamico, richiede un fare, un dispendio di energia e di attenzione molto intense, rispetto alla prestazione del deposito, in certo senso statica e più semplice. Sicchè, *da un lato,* chi riceve gratuitamente a bordo cose altrui non intende normalmente assumersi giuridicamente quei rischi e una prestazione così pesante; e tanto meno per le persone altrui, ove i rischi o le responsabilità sono ancor più gravi. *Dall'altro,* alla coscienza sociale non sembra giusto accollare sotto l'aspetto contrattuale (12) tali rischi e

(12) Sul maggior peso della responsabilità contrattuale rispetto a quella extracontrattuale, v. nota prec.

responsabilità, più gravi di quelle del deposito, se non risulti in modo chiaro l'intento di assumere (gratuitamente) un vincolo giuridico. V. anche *infra* § 16 per le promesse *interessate* (13).

Questo costume, questa coscienza sociale va sempre più consolidandosi nella società contemporanea, ove i rischi del trasporto, data la rapidità e la pericolosità dei mezzi, la complessità del traffico, ecc., vanno sempre crescendo (14).

Quanto al caso del mandato, esso veniva concepito sotto l'aspetto, quasi reale, dell'affidamento di un diritto o di un bene: v. sopra § 3 *sub a.* Questo elemento dell'affidamento è in certo senso presente anche oggi e si accompagna (nel determinare l'intento di contrarre un vincolo giuridico, quasi inoppugnabile, salvo chiare riserve) al costume sociale di contrarre normalmente un vincolo del genere e all'esigenza sentita di proteggere tale affidamento. Del resto, le responsabilità e i rischi di un mandatario a titolo gratuito non sono così gravi; inoltre, egli, come anche il depositario, può spesso liberarsi dal mandato, se non lo fa intempestivamente (v. anche § 27 *sub c*).

Per concludere sui casi menzionati in questa lettera *d,* si tratta

---

(13) In genere sarà appunto un interesse del vettore nell'esecuzione del trasporto (interesse non consistente in un corrispettivo), quello che servirà come criterio per vedere se v'è l'intento di vincolarsi giuridicamente e, soprattutto, se e in che misura la condanna è *giusta* (v. *infra, sub e* note 24 e segg.). Ad esempio: trasporto del medico, da parte di un familiare del malato, alla casa di questi: v. per altri esempi, BETTI, *op. cit.,* p. 88; v. anche, sopra § 3 *sub b.* Con che, in realtà, si passa spesso al campo delle c.d. promesse interessate: *infra,* § 16 (v. anche la Casistica nel vol. II).

(14) Concordo quindi sostanzialmente con quanto ne scrive il Forchielli (*op. cit.* a nota 11) sulle ragioni della differenza di trattamento fra deposito e trasporto. Con qualche divergenza tuttavia: divergenza concernente in particolare l'importanza eccessiva da lui data (in omaggio a certa teoria dominante: v. sopra § 1 in appendice) alla tipicità del deposito rispetto all'intento di vincolarsi giuridicamente, tipicità che diventa in ipostasi una misteriosa «sostanza sociale» del deposito e dei negozi tipici, e che, coi francesi, io chiamerei più semplicemente «*moeurs*». La c.d. possibilità di ipotesi di trasporto non vincolante e la pretesa impossibilità di simili ipotesi pel deposito (cui accenna spesso il Forchielli) non sono che *quaestio facti,* ove operano opposte presunzioni, in relazione a tali «*moeurs*» e ai criteri di giustizia da noi testè accennati: v. sopra § 1 in appendice.

di *patti vestiti,* ove la veste è data dall'elemento reale e anche tipico, in quanto mostra l'intento di vincolarsi sul piano giuridico (s'intende, per le obbligazioni del depositario, del mandatario, del comodante e del mutuante). Pel caso di trasporto, invece, pur sussistendo l'elemento reale, manca quello tipico nel senso suaccennato di « *moeurs* ». Sicchè pel trasporto male eseguito (*misfeasance* nella *common law*) il problema va ricollegato a quello che tosto esamineremo alla letttera *e,* così come il problema dell'obbligo di continuare fino a destinazione il trasporto, una volta *coeptum* (ricevuta a bordo la cosa o persona).

e) Continua: le promesse a titolo gratuito (di prestazioni diverse dal dare) non accompagnate dall'elemento reale.

Se dubbi sorgono perfino nel caso del deposito reale o del trasporto reale, figurarsi quali problemi delicati sorgono per la *promessa* (a titolo gratuito) di ricevere a deposito, di fare un mutuo o un comodato, di eseguire un trasporto e in genere di prestare servizi a titolo gratuito, come quelli di medico, ingegnere, domestico, ecc., di fare un quadro e simili, di dare il proprio sangue (15), ecc. ecc.

Qui, per usare la terminologia propria della *common law* a proposito dell'*assumpsit* (v. nota 11), non si tratta semplicemente della *misfeasance,* rispetto al quale problema v'è in fondo l'elemento della *res* o dell'*opus coeptum;* ciò che potrebbe, quanto meno, dar luogo ad una responsabilità extracontrattuale, con la conseguente limitazione, dal punto di vista pratico, dell'importanza del problema (v. nota 11). Qui si tratta addirittura della *non feasance,* quando, dopo la promessa, ci si rifiuti di ricevere in deposito, di fare il comodato o il mutuo, di eseguire il trasporto, ecc. (v. sopra § 3 *sub b*).

E allora l'intento di contrarre un vincolo giuridico, in mancanza di una forma *omnibus* e *per sè* significativa (quale la *stipulatio*) o di una clausola penale, quasi assurda in simili promesse gratuite,

(15) V. in proposito, nel vol. II, « Casistica », la nostra nota al caso Cecchini-Giacomello.

diventa molto problematico, pur potendo sussistere in certi casi concreti. Su questo punto non abbiamo che rinviare al § 3 *sub b* che voleva essere una specie di introduzione storica specialmente al problema che stiamo trattando.

Certamente, toglierebbe ogni dubbio uno scritto redatto in certe tradizionali formule solenni, come, ad esempio « Il sottoscritto stipula e/o promette di dare a mutuo gratuito la somma di L. 1 milione o la propria casa in comodato per tre anni al Sig. Tizio. In fede », o simili. E ciò perchè queste formule, se hanno ormai da tempo un carattere meramente tralaticio o di stile nei contratti tipici di scambio (ove servivano a superare l'esigenza della *res*: v. sopra § 3 e 4), conservano invece un certo valore nei contratti atipici e per le promesse del genere di quelle suaccennate, ad indicare la volontà di obbligarsi sul piano giuridico. Perciò queste formule rappresentano ancora oggi un *vestimentum,* e non un mero vestigio della *stipulatio.* Ma esse sono assai rare nei casi in esame (16).

Anche l'esigere uno scritto (17) non risolverebbe per sè il problema. Si pensi ad una lettera redatta in questi termini: « Caro *amico*, domani ti farò avere la somma di L. ... che mi hai chiesto in prestito ». Soltanto l'esigenza di una risposta o accettazione scritta, *in termini formali* e non contestata dall'altra parte, potrebbe risolvere il dubbio sull'intento di obbligarsi sul piano giuridico (ma su questa accettazione formale v. *infra* § 17).

Come risolvere allora il problema? Alcuni lo troncano alla ra-

---

(16) V. tuttavia nel vol. II « Casistica », il caso Fellmann cr. Mathebs, ove però concorrevano delle *causes raisonnables, plausibles et justes* sia per spingere Fellmann a fare una promessa scritta del genere, sia per indurre il giudice a ritenere che esisteva quell'intento, nonchè che la condanna di Fellmann era *giusta.*

(17) Tale proposta per risolvere il dubbio sull'intento giuridico, venne fatta, ad esempio, dal *Law Revision Committee* inglese del 1937; ma la proposta è stata giustamente criticata, fra l'altro, per le ragioni da noi accennate nel testo. Quanto al requisito della prova scritta nel diritto scozzese, v. *infra* § 36. La richiesta della forma scritta anche per l'accettazione potrebbe servire a eliminare i dubbi: v. nota 21.

dice, non ammettendo, anche oggi, una promessa di comodato, di mutuo e simili (18).

Altri praticamente arriva allo stesso risultato, considerando questi casi come donazioni (obbligatorie), almeno per le promesse di comodato e di mutuo, cioè ritornando all'idea di un *vestimentum* consistente nello schema formale-causale della donazione (19).

Ma molti autori, certa giurisprudenza e alcuni codici ammettono espressamente una promessa gratuita e non formale di comodato, di mutuo, di trasporto, di ricevere in deposito e di servizi in genere (20). E spesso autori e giurisprudenza, per sanzionare il patto, invocano in questi casi il principio del nudo consenso, come casi classici in cui esso opererebbe (v. sopra § 4 nota 23 e § 5 *sub b* nota 6: Pothier, Richeri, Voet ecc.).

---

(18) VENEZIAN, *La Causa nei contratti,* Roma, 1892, p. 67 segg., sul riflesso che in linea di principio sarebbe obbligatoria soltanto la promessa in un rapporto di scambio o nel contratto reale (analogie con la *common law*!); ASCOLI, *Trattato delle donazioni,* cit., pag. 131 segg., in quanto la promessa di comodato rientrerebbe sempre nei rapporti amichevoli, di cortesia, di favore, ecc.

(19) V. autori cit. sopra § 7 nota 11 e lo stesso Ascoli (*op.* e *loc. cit.*). Taluno richiede la forma della donazione, anche se il contratto è reale, nei casi più gravi di impoverimento e di correlativo arricchimento: v. sopra § 7, note 4 a 7.

(20) E' l'opinione che comincia ad affermarsi coi primi trionfi del giusnaturalismo (v. Voet, Pothier, Richeri, ecc., citt. sopra §§ 4 e 5). Opinione quasi unanime presso i francesi: AUBRY e RAU, *Cours de droit civ. français,* Paris, 1902, IV, § 340, p. 467, nota 6; BAUDRY LACANTINERIE, *Traité théor. et prat. de Droit civil, Obligations,* I, n. 23; PLANIOL, *Traité pratique* cit. ,VI, n. 119-121, e autori cit. da Baudry e Planiol; SAVIGNY, *Obligations* cit., II, § 77 nota 1.

Tutti gli autori francesi, invocando il principio del nudo consenso, si richiamano al caso Fellmann cr. Mathebs, una specie di *leading case* in materia, che pure invoca quel principio (v. vol. II « Casistica »). Cfr. anche l'*obiter dictum* per una promessa di trasporto, nella sentenza della Corte di Digione, 9 ottobre 1928, *Gazette de Palais,* 1928, 2, 885 e anche altre sentenze cit. da PLANIOL, *Traité Pratique,* VI, p. 154.

Quanto ai codici v. artt. 305, 312, 472 c. svizz. obblig.; 610 c. civ. germ.; 538, 635, 718 c. civ. egiz.; 1822 c. civ. ital. Quanto all'art. 1681 c. civ. ital., pel trasporto gratuito, ci si può domandare se esso consideri soltanto il caso di *misfeasance* o di *opus coeptum,* ovvero anche quello di *non feasance* (v. sopra nota 11).

Tuttavia, i dubbi circa l'intento di contrarre un vincolo sul piano giuridico restano, insieme con i gravi inconvenienti cui dà luogo l'abbandono del concetto tradizionale dei contratti reali (21).

Di fronte ad una simile situazione di incertezza, nella sostanza (se non a parole) si fa ricorso al criterio oggettivo della *cause raisonnable ou plausible,* congiunto come vedremo, a quello della *cause juste.* Si ricerca il *motivo* o l'interesse particolare (soggettivo) che ha spinto il promittente; e si tiene conto di tutte le circostanze del caso concreto. *L'insieme* di questi motivi e di queste circostanze deve, da un punto di vista *oggettivo,* rendere plausibile o spiegabile l'assunzione di un vincolo giuridico (22).

---

(21) Questi inconvenienti sono denunciati dagli stessi commentatori del cod. svizzero delle obbligaz. Cfr. GUHL, *Le droit féd. des obligations,* Zurich, 1946, p. 268 pel mutuo (pel comodato e pel deposito v. pag. 266 e 333).

Per certi casi più gravi, come la locazione gratuita di immobili per oltre nove anni, noi abbiamo l'atto scritto (arg. anal. art. 1350 n. 8 c. civ. ital.).

Ma, dati gli inconvenienti e i dubbi cui si accenna nel testo, sarebbe assai opportuno, se si abbandona l'idea del contratto reale, di richiedere almeno la forma scritta per le promesse di comodato, di mutuo, e di servizi in genere a titolo gratuito, appunto quando manchi la *res* (intendo, la forma scritta anche *per l'accettazione*: v. sopra nota 17). In tal modo si avrebbe, per queste « liberalità » di secondo grado una forma, meno complessa, che farebbe *pendant* alla forma per le liberalità di primo grado (la donazione), e servirebbe anche come protezione del promittente nei casi più gravi: v. sopra § 8 e § 7 note 4, 5 e 11.

(22) Per rendersi conto di questa esigenza della *cause raisonnable* come criterio oggettivo, si consideri l'indagine approfondita e diffusa fatta dal giudice nel classico caso Fellmann cr. Mathebs nel vol. II e altri casi ivi cit.

Del resto, la dottrina e la giurisprudenza italiane fondano la distinzione fra trasporto di cortesia e trasporto gratuito (con intento di contrarre un vincolo giuridico) appunto sull'esistenza, nel secondo caso, di un interesse « apprezzabile » del vettore che spieghi o giustifichi, da un punto di vista oggettivo, l'assunzione del vincolo giuridico: v. PERETTI GRIVA, in *Riv. Dir. Comm.* 1948, I, p. 109 segg.; ASQUINI, in *Riv. dir. comm.* 1952, II, p. I segg., e citaz. ivi; BETTI, *Neg. giur.* cit., p. 88. Per la giurisprudenza francese, v. vol. II.

Quanto a questa « *cause raisonnable* », che dovrebbe « *expliquer* » da un punto di vista oggettivo l'assunzione di un vincolo giuridico, si potrebbero richiamare anche gli autori francesi. Cfr. ad esempio DEMOGUE, *op. cit.,* II, n. 746, 747 (*explication normale dans l'état actuel des moeurs*): « *Il ne faut*

E questa *cause raisonnable*, in quanto criterio oggettivo, costituisce già di per sè una limitazione al principio del nudo consensso e quindi un certo *vestimentum* del patto; indagini del genere, come quelle del caso Fellman cr. Mathebs, non si compirebbero di fronte ad un contratto tipico di scambio, appunto perchè, come già ne notava Grozio, basta una *causa civilis* (il tipo) a mostrare l'intento di vincolarsi sul piano giuridico: v. sopra § 4 *sub d*.

A prima vista e in « teoria » sembra che quella « *cause raisonnable* » si riduca ad una *quaestio facti* sull'intento di contrarre un vincolo giuridico (v. sopra § 4 *sub d* nota 20). Ma bisogna pensare come vanno le cose nella realtà. Di fronte ad un contratto del tutto atipico o ad una promessa non formale senza corrispettivo, l'onere di provare l'intento di contrarre un vincolo giuridico incombe all'attore, non appena il convenuto (promittente) lo contesti (v. sopra nota in appendice al § 1). Ora, se l'attore sostiene che la promessa (di comodato, mutuo, trasporto, ecc.) fu fatta per un favore, per rapporti di amicizia, gratitudine, *délicatesse,* ecc. (23), per tutti quei sen-

---

pas chercher à donner des moyens purement mécaniques pour savoir si une obligation doit être respectée comme ayant un but suffisant. Il faut se demander si dans la réalité des faits telle promesse doit être consacrée par le juge parce qu'elle a une explication plausible *pour celui qui l'a faite et qu'elle ne contredit pas directement l'intérêt général. C'est ainsi au fond que procède la jurisprudence* ».

Cfr. nello stesso senso anche BEAUDANT, *Cours de Droit Civil Français*, 2ª ediz., Paris, 1936, Vol. VIII, n. 64, 193 e 195. V. anche CAPITANT, *De la cause des obligations,* Parigi, 1923, p. 130 segg.

Senonchè questo concetto dei citati autori francesi cade poi nel vago e nell'equivoco, quando viene riferito, *pêle-mêle,* a tutte le obbligazioni, sia di dare che di altro genere, sia a titolo oneroso che gratuito, al problema della distinzione fra proposta contrattuale e mera iniziativa, alla causa lecita, all'oggetto impossibile, ecc.

Anche nel nostro BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni,* Milano, 1948, vol. II, pag. 48, 60 e 61, la « causa » che *giustifica* « una volontà consapevole e seria », è criterio esteso a tutte le promesse o obbligazioni.

(23) Nel caso di promessa di un mutuo, di un comodato o di servizi per adempiere un'obbligazione naturale (caso raro) potrebbe, se trattasi di obbligazione naturale in senso stretto, vedersi più facilmente l'intento di contrarre un vincolo giuridico. Ma ciò è sempre assai dubbio!

timenti che, come ne dice Demogue, fanno «*la grandeur de l'homme*», egli si pone proprio su quel terreno ove l'intento di obbligarsi giuridicamente è dubbio, e ove sarà facile al convenuto rispondere che appunto quelle «cause» mostrano l'assenza di un simile intento. Fra i due, il giudice, in mancanza della forma o di altre formule solenni (scritte: v. sopra nota 16), e pel principio del *favor debitoris* nel dubbio di interpretazione, assolverà il convenuto. Nè conviene dimenticare che i presupposti e le condizioni, sotto cui sarebbe contratto l'ipotetico vincolo giuridico, farebbero di bel nuovo risorgere la questione (v. sopra § 3 *sub b*).

Nella realtà pratica l'attore o promissario, per vincere sulla questione della prova dell'intento suddetto, dovrà mostrare un interesse del promittente che giustifichi e spieghi da un punto di vista *oggettivo* l'assunzione del vincolo: ed è a questo interesse che, in fondo, ci si riferisce nei casi pratici (v. sopra nota 22). E sarà anche questo interesse del promittente che spiega e giustifica come il promissario (l'attore) abbia potuto *fare affidamento* sulla promessa.

Comunque, se in *teoria* si vuol sostenere che si tratta di una mera ricerca dell'intento (*quaestio facti*) e che la veste della *cause raisonnable* è troppo tenue per potersi parlare di patto vestito, sia pure. Si tratterà di pochi casi in cui il patto nudo è valido.

Senonchè, sempre nella realtà pratica, la questione non sembra fermarsi alla *cause raisonnable.*

Certo, i casi giudiziari di promesse di comodato, di mutuo e simili a titolo gratuito sono rari. Ma si può argomentare dal classico caso Fellman cr. Mathebs e sopratutto, per analogia, dai casi di cosidetto trasporto «gratuito», benchè, come si è accennato, questi concernano piuttosto la *misfeasance.*

E ne risulta, se non andiamo errati, che oltre alla *cause raisonnable*, per spiegare l'intento di assumere un vincolo giuridico, si richiede anche un *quid* che si può chiamare *cause juste* (24). Preci-

(24) Adopero questo termine, traendolo dal «*motif raisonnable et juste*» di Domat (sopra § 5 sub *a*). Probabilmente, in Domat, la qualifica di «*juste*» non si sarebbe dovuta riferire alle donazioni, in cui c'è la forma come elemento protettivo, ma appunto alle promesse a titolo gratuito che stiamo esaminando.

samente, si esige un complesso di circostanze che *giustifichino* la condanna del promittente nella bilancia degli interessi in conflitto: bilancia fra l'interesse di colui, che ha ricevuto la promessa *senza fare un sacrificio in cambio* (25), e l'interesse di colui che ha fatto una simile promessa (per questa bilancia di interessi in conflitto sotto l'aspetto di *cause juste,* v. anche *infra* § 20 *sub b*). Fra queste circostanze rientrano:

— il pregiudizio o danno che subirebbe il promissario in caso di inesecuzione della promessa (v. anche § 27 *sub b et c*).

— e quello che subirebbe il promittente in caso di esecuzione;

— il particolare affidamento che il primo ha fatto sulla promessa (26);

— certi suoi meriti, che giustifichino la promessa stessa (v. Domat cit. a nota 24 e il caso Fellman cr. Mathes nel vol. II);

— l'interesse particolare del promittente nel farla e il vantaggio che egli ne ha tratto, benchè questo vantaggio non consista in una controprestazione (v. § 16);

---

(25) Criterio tradizionale di « equità »: cfr. il passo degli interpreti medievali citato al § 1 nota 2.

(26) Cfr. su questo affidamento o *reliance infra* § 17 e 27 *sub b et c. Già* il Pothier tendeva a configurare, ad esempio, il trasporto gratuito come un mandato, mettendo così in rilievo l'affidamento proprio del mandato (*Traité du contrat de louage,* n. 395).

Nei miei « *Appunti sul contratto obbligatorio* ecc. » (in *Riv. Trim. dir. e proc. civile,* 1953) in nota 26 al n. 4 bis, accennavo all'esempio: « Domani debbo andare a Roma per un affare grave; mi ci porti con la tua auto? Se no, provvedo altrimenti »; e simili.

Così, mentre nel caso del deposito reale l'affidamento del deponente risulta dalla consegna della cosa, nel caso della promessa di ricevere in deposito occorrerebbe la prova di un particolare affidamento del promissario (« domani parto: non posso abbandonare le mie cose; vieni domani a prenderle o te le porto perchè tu le custodisca? » e simili).

Così per la promessa di mutuo (« domani debbo concludere un affare: mi prometti di darmi domani tale somma a prestito? » e simili): la *cause juste* potrebbe anche consistere nel fatto che il promittente sapeva comunque di tali particolari bisogni del promissario.

L'onere della prova di questi elementi e del danno conseguente, ci avvicina, come diremo, alla responsabilità extracontrattuale (v. anche § 27 *sub b et c*).

— una certa malafede del promittente nel rifiutare l'esecuzione della promessa (è l'idea tradizionale del dolo, *deceit, tricherie; sopra* § 1 *sub b*) (27).

Tutti elementi questi, costituenti la *cause juste*, che rappresentano indubbiamente una veste del patto ed una limitazione al principio che si è vincolati pel nudo consenso. In realtà, nella maggior parte dei casi, come ha notato un acuto scrittore di *common law* e di diritto comparato, questi elementi conferiscono alla responsabilità del promittente un carattere extracontrattuale (28). Quale veste

---

(27) A proposito di tutte le suaccennate circostanze, si potrebbe argomentare anche da quanto dicono i nostri codici per la revoca (o richiesta di restituzione) del comodato reale: art. 1809 cod. civ. ital.; 1889 cod. civ. francese e simili.

Il giusto motivo per questa revoca ha una portata assai più estesa nel caso di *promessa* di comodato e in genere di servizi a titolo gratuito, poichè qui manca quell'affidamento o quella situazione stabile che sono determinati dalla *res* (consegna della cosa) e che esigono una maggior tutela del comodatario. Giusti motivi che hanno il valore oggettivo di criteri di giustizia o equità, più che quello soggettivo di presupposti (v. sopra § 3 *sub b*).

Si può argomentare anche per analogia dalla possibilità di abbandono del mandato o del deposito, purchè ne sia data notizia in tempo all'altra parte e tale abbandono non rechi danno; possibilità ancor più estesa, allorchè si tratta di una semplice promessa, cioè quando l'*opus* non è ancora *coeptum*.

Anche tutti questi elementi ci avvicinano ad una responsabilità extracontrattuale (v. § 27 *sub c*).

(28) Mason, *The utility of consideration - A comparative view*, in *Columbia Law Review*, 1941, vol. 41, pag. 838 - 839, il quale mostra che nella sostanza la responsabilità del promittente in questi casi si fonda più sull'articolo 1382 c. civ. francese (2043 ital.), che sulla promessa come contratto. Il Mason invoca in proposito anche una certa analogia col concetto della *reliance* che si trova nel § 90 del Restatement americano sui contracts (v. *infra* § 27), mettendo in rilievo che fondamento dell'azione è la prova del danno, cioè una promessa che abbia *causato* un danno.

Come ho già avuto occasione di dire nella Prefazione, per l'intendimento del come nella realtà vengono trattate queste promesse di servizi a titolo gratuito, debbo più al Mason e alle sue reazioni di comparatista (di un « *foreign eye* »), che non a tutte le nostre discussioni sul nudo consenso, la causa, ecc.

Una concezione analoga, di una responsabilità extracontrattuale, fondata sull'aver assunto il trasporto si può vedere, mi pare, nel passo succitato del Betti, *Neg. giur.*, pag. 90 (v. sopra nota 11).

più pesante, per un patto, di questi elementi *extracontrattuali* in una questione di responsabilità *contrattuale*?

In una questione di responsabilità per inadempimento ad un contratto di vendita o simili, non si ricerca se il compratore, attore in giudizio, ha fatto un particolare affidamento sulla promessa del venditore (basta quella prova generica d'affidamento che risulta dall'accettazione: v. § 17). E l'eccezione, da parte del venditore, che il compratore non ha fatto gran fede o un particolare affidamento sulla promessa, o che esso venditore non è in malafede, non avrebbe senso per escludere sia la condanna all'*esecuzione in forma specifica* che quella al risarcimento dei danni. Basta la promessa, cioè il contratto. Parimenti, per escludere la condanna all'esecuzione in forma specifica, non avrebbe senso l'eccezione che il compratore o il locatario non subirebbe alcun danno per la privazione della cosa (29). Basta l'aver convenuto il diritto alla cosa stessa.

Alcune di queste eccezioni, salvo forse quella del *beneficium competentiae*, non avrebbero valore neppure per una donazione formale, appunto perchè qui sussiste la veste della forma, come, forse, non avrebbero valore se la promessa di servizi gratuiti è stata fatta per atto notarile (caso accademico) o nei termini solenni menzionati: sopra nota 16.

In pratica, poi, i due criteri della *cause raisonnable* e della *cause juste* tendono a confondersi (nel « *motif raisonnable et juste* » di Domat?! v. § 5 *sub a*). Invero quel complesso di circostanze che rende *giusta* la condanna del promittente, rende nello stesso tempo plausibile, ragionevole o spiegabile, da un punto di vista oggettivo, che una persona abbia fatto, in quelle circostanze, una promessa gratuita di servizi con l'intento di obbligarsi sul piano giuridico (30). Del resto, per arrivare più in là, all'esempio di un contratto oneroso,

(29) Si vedano invece i ragionamenti del giudice nel caso Fellmann cr. Mathebs per arrivare alla condanna del convenuto alla consegna del locale promesso a titolo di comodato.

(30) Questo criterio oggettivo di plausibilità e di giustizia non ha nulla a che fare con la concezione della funzione economico-sociale del contratto (v, *infra*, § 19, specie *sub b*).

si può dire che la causa o scopo di ottenere il prezzo rende oggettivamente *plausibile* (molto plausibile) l'intento del venditore di impegnarsi sul piano giuridico e, nello stesso tempo, rende *giusto* che la promessa del venditore sia giuridicamente sanzionata (v. § 1 *sub b*).

f) *La fideiussione e la promessa di una garanzia.*

Una menzione meritano queste promesse, anche per l'interesse che presentano di fronte all'atteggiamento della *common law*.

Nessun dubbio sulla fideiussione o sulla promessa di una garanzia (anche reale, e anche da parte del debitore), quando essa sia fatta contestualmente al sorgere del credito, alla concessione di una dilazione o di altra modifica del rapporto. Il fatto che il creditore non è disposto a far credito o a fare quelle concessioni, se non alla condizione della garanzia, giustifica sufficientemente la promessa (v. anche *infra* per la *common law* § 35 *sub c*) (31). L'unico dubbio può sorgere sull'intento, nel caso della fideiussione, di contrarre un vincolo in senso giuridico (32).

Quando invece la fideiussione o la promessa di garanzia sia fatta per un credito già esistente e senza qualcuna di quelle contropartite, sorgono dei dubbi; e, talvolta, si tende ad esigere una *cause raisonnable et juste* anche qui (33). Tuttavia, anche per questo caso, sembra che nella *civil law* (diversamente nella *common law,* v. *infra* 35 *sub c*), la sussistenza di un debito sia causa sufficiente della

(31) A questo caso si riferisce il Pothier, *Traité des oblig.*, n. 365 per giustificare che la fideiussione « n'est pas dans la classe des contrats bienfaisants » (curiosa questa giustificazione, dato il suo principio del valore del nudo consenso!).

(32) I nostri codici (ad es. art. 2015 c. civ. francese; 1937 c. civ. it.) richiedono una manifestazione espressa della volontà di garantire; il che Demogue, *op. cit.,* I, 280, assimila ad una forma. Il cod. civ. germ., art. 766, richiede la forma scritta.

(33) Cfr. Demogue, *op. cit.,* II, n. 770 e 772. V. anche nel vol. II i casi ivi riferiti: v. « fideiussione » all'indice alfabetico.

fideiussione o della promessa di garanzia, ritenendosi, in fondo, che, dal lato del debitore, è suo dovere l'assicurare il più possibile l'adempimento; e che, dal lato del terzo, questi fa cosa giusta assicurando l'adempimento dei debiti. Inoltre, il particolare affidamento suscitato nel creditore e le sue gravi conseguenze giustificano l'obbligazione di garanzia (34). Sicchè, anche qui, l'unico problema sembra quello della esistenza di un vero intento di garantire, più dubbio nel caso in esame (ma v. nota 33). Ovviamente, altra cosa sono i rapporti fra il fideiussore e il debitore.

g) *Conclusione del presente* §.

Per concludere: in tutti i casi esaminati nel presente §, che sarebbero quelli classici per cui si invoca il principio del nudo consenso, si tratta in realtà di patti vestiti, anche se talvolta la veste è (in apparenza soltanto) assai tenue; e anche se gli autori non hanno sempre tenuto conto della *cause raisonnable* e specialmente della *cause juste* (responsabilità extracontrattuale).

Già, in fondo, dal § 9 al presente § abbiamo passato in rassegna tutti i possibili contratti o patti atipici, e quelli a titolo gratuito, ed abbiamo visto che essi sono più o meno vestiti, mentre per quelli onerosi tipici (scambio tipicamente economico) la veste consiste appunto nel tipo.

Ma nei §§ seguenti avremo occasione di vedere che altre limitazioni, assai gravi, subisce il preteso principio del nudo consenso.

---

(34) Pel caso di promessa di garanzia da parte del debitore, v. DEMOGUE, *op.* e *loc. cit.* e giurisprudenza ivi. Pel caso di fideiussione si invoca, come « *explication suffisante* », « *le seul désir de cautionner!* » (DEMOGUE, *op. cit.*, II, n. 770). Cfr. anche PLANIOL, *Traité pratique* cit., VI, n. 255.

§ 14 bis.

La causa ragionevole o giusta sotto il profilo dell'interesse del creditore o di un rapporto di proporzione fra questo interesse e il peso imposto al debitore

Nel paragrafo precedente abbiamo accennato ad un certo aspetto della causa ragionevole o giusta, per cui questa può consistere anche in un rapporto di proporzione fra l'interesse del creditore alla prestazione e il peso che l'obbligazione contratta impone al debitore (v. § prec. *sub b* in fine, *sub c* in fine e *sub e* nota 25).

Questa ulteriore limitazione al preteso valore del nudo consenso opera in particolare nel campo delle promesse a titolo gratuito che presentano un certo carattere atipico. Invero, quando trattasi di contratti tipici a titolo gratuito, lo stesso fatto che il contratto è tipico, cioè sanzionato espressamente dalla legge o dal costume, esime, in genere, da una ricerca sulla causa giusta nel senso suaccennato o ne diminuisce l'importanza. Che se il contratto, anche atipico, è a titolo oneroso, entra allora nel gioco della proporzione, o della causa giusta, il corrispettivo ricevuto o comunque spettante al debitore; e questo corrispettivo giustifica per sè l'obbligazione o la condanna, salvo il caso in cui si ricada nel problema della *cause suffisante* dell'obbligazione di dare (v. sopra § 10).

Il suddetto principio opera anche nel campo della clausola penale, quando questa obbligazione sembri eccessiva rispetto all'interesse del creditore alla prestazione.

E' evidente che in tutti questi casi l'espressione « causa ragionevole », o « causa ragionevole e giusta », non concerne tanto un criterio oggettivo per stabilire la volontà di contrarre un vincolo in senso giuridico, quanto un criterio oggettivo di proporzione per stabilire la giustizia della sanzione giuridica o della condanna del debitore. E perciò, anzichè di causa ragionevole, sarebbe più esatto parlare di causa giusta. Ma di questo principio riteniamo sia più opportuno parlare a proposito dell'equivoco requisito dell'interesse del creditore e a proposito della clausola penale; e ciò in considerazione appunto

degli equivoci insiti nell'evoluzione storica del requisito dell'interesse creditorio. Ne rinviamo pertanto la trattazione ai §§ 20 e 21.

§ 15

La misura della responsabilità e i criteri di interpretazione nelle promesse a titolo gratuito. La garanzia per evizione nella donazione cum onere

a) *Misura della responsabilità e interpretazione.*

Come abbiamo già avuto occasione di rilevare, nella *civil law* la responsabilità del promittente a titolo gratuito è meno grave di quella del promittente a titolo oneroso (v. § 3 *sub b*).

Abbiamo citato in proposito gli artt. 955, 960, 1889, 1891, 1927, 1928, 1992, 2007 c. civ. francese; 797, 798, 800-801, 1710, 1768, 1809, 1812 c. civ. ital; 494-495, 496, 500-501, 540-541, 638, 644, 704, 716, 720 c. civ. egiz.; 99 c. svizzero obbligaz.; (in relazione agli artt. 305, 312, 472) e 248, 250, 521, 522, 524, 599, 600, 690 c. civ. germ. e simili.

Alcuni di questi articoli sono dettati pel caso di contratto reale, ma il principio è estensibile anche alle promesse di comodato, deposito, ecc. (v. § 14 lettere *d* ed *e*). Ne risulta che in certi casi la promessa a titolo gratuito è perfino revocabile (1).

Queste norme sembrano fondarsi talvolta su dei presupposti soggettivi; talchè la volontà espressa del promittente può escludere la limitazione di responsabilità (v. alcuni degli artt. succitati).

Ma in realtà, nella maggior parte dei casi, la causa gratuita, insieme con le circostanze del caso concreto, opera quale criterio og-

(1) In base a tale revocabilità, l'Ascoli arriva addirittura ad escludere che pel comodatario derivi un diritto dal comodato; e a sostenere che sempre, nella promessa non formale di comodato, v'è soltanto un rapporto di carattere sociale (*Trattato delle donazioni*, cit., pag. 131 segg.).

Altrettanto allora si dovrebbe dire per le donazioni, specie secondo il codice egiziano che allude genericamente a giusti motivi di revoca (art. 500).

gettivo di giustizia o proporzione, cioè come causa più o meno adeguata a giustificare una certa limitazione di responsabilità. Le parti neppure pensano a simili limitazioni.

Altrettanto si può dire del principio, concernente una cosidetta interpretazione, espressamente codificato nel nostro art. 1371 c. civ. e cioè che le promesse a titolo gratuito, in caso di dubbio, devono essere intese nel senso meno gravoso per l'obbligato (1 bis). Quanto al trattamento particolare dei motivi e dell'errore, v. § 3 *sub b*, e § 28 nota 12.

Ora, tutto ciò non è perfettamente conforme al principio del nudo consenso, al principio, cioè, che chi ha promesso deve pagare, sol perchè ha promesso (*serio et deliberato animo*). Soltanto in quanto quelle limitazioni di responsabilità siano state intese o volute dal promittente, anche come taciti presupposti, si potrebbe ritenerle conformi al principio del nudo consenso.

Anche sotto questo profilo non sta l'analogia fra la *stipulatio* e il patto nudo (come stipulazione non formale) posta da Savigny: (v. sopra § 6). Il che gli autori di *common law* non hanno mancato di rilevare più o meno direttamente (2).

In realtà qui la « causa » (gratuita o onerosa, o anche solo « interessata » v. *infra* § 16) della promessa interviene a limitare il principio del nudo consenso, e cioè il principio che chi ha promesso deve pagare (soggiace alla sanzione) nei termini in cui, *più o meno esplicitamente, ha promesso* (v. sopra al § 6 le osservazioni sulla c.d. autonomia della volontà), v. anche § 27 nota 17, § 33 *sub a* e 35 *sub a.*

b) *La garanzia per evizione nella donazione cum onere.*

Un problema molto delicato sorge pel caso della donazione *cum onere,* quando l'onere consista in una prestazione o contegno non

(1 bis) V. anche Mosco, *Principi sulla interpretazione dei neg. giur.*, Napoli, 1952.

(2) Cfr. Hamson, *The Reform of Consideration*, in *Law Quarterly Review*, 1938, p. 233 segg., cit. *infra* § 32; cfr. anche Williston cit. al § 27 nota 17.

rappresentante un sacrificio patrimoniale pel donatario. E ciò perchè i nostri codici stabiliscono che la garanzia per l'evizione della cosa donata è dovuta fino all'ammontare dell'onere: il che sembra implicare che deve trattarsi di un onere avente valore patrimoniale (v. art. 793 n. 3 cod. civ. ital.; 494 cod. civ. egiz.). V'è chi ritiene che in questo caso la garanzia non è dovuta (3). Come misurare, infatti, la responsabilità del donante pei danni, se il donatario non ha subito alcun sacrificio patrimoniale? Il cod. civ. egiziano all'art. 222 sembra ammettere in genere la responsabilità pei danni morali. Ma, anche in mancanza di una simile norma, non sembra giusto lasciare senza tutela il donatario. Si pensi al caso in cui l'onere (adempiuto) consista nell'assumere il nome del donante o gli ordini sacerdotali; il che, in certi casi, può rappresentare un grave sacrificio morale pel donatario. Si può pensar ad un obbligo del donatario di far avere, a titolo di risarcimento, l'equivalente della cosa donata ed evitta?

Sui temi di che ai §§ 14 bis e 15 si veda l'interessante riassunto in PLANIOL, *Traité pratique* cit., VII, n. 38 e 387 e citazioni ivi.

§ 16

Le promesse interessate: In particolare, l'opzione, l'apertura di credito, ecc.

a) *Le promesse interessate: cause raisonnable et juste; cenni sulla common law (rinvio).*

Abbiamo già avuto occasione di accennare ad una speciale categoria di promesse interessate, in cui l'interesse del promittente non concerne una controprestazione in senso lato (ivi compreso l'onere nelle donazioni), ma consiste in una *chance,* una possibilità di vantaggio o in altri vantaggi più o meno diretti: v. sopra § 14 *sub d* ed *e*.

(3) V. sopra, § 10, nota 14, e Mosco, *Onerosità e gratuità,* cit., pag. 328 e 331.

Questa categoria di promesse, già vagamente adombrata da Pothier (v. § 5 nota 4), non ha avuto dalla dottrina della *civil law* l'attenzione che merita (assorbita, com'è stata, questa dottrina, dai generici concetti di « gratuità e onerosità », sui quali v. § 10 *sub f*). Ne hanno invece intuita l'importanza gli autori di *common law* e dei paesi di diritto misto (1), per la solita facilità che gli occhi del forestiero, i *foreign eyes,* hanno di vedere le cose altrui: prova anche questa, se altre non vi fossero, dell'utilità del diritto comparato.

Come esempi si possono prendere:

— la promessa unilaterale di vendita o di altri contratti a titolo oneroso (opzione e simili), ivi compresi: il contratto unilaterale di somministrazione o fornitura, l'apertura di credito e simili;

— la promessa a titolo di réclame;

— il deposito anche nell'interesse del depositario (art. 1928 c. civ. francese e simili), specie nel caso di promessa di ricevere in deposito;

— molte delle promesse di comodato, di trasporto « gratuito », di servizi in genere, considerate al § 14, in cui abbiamo visto che l'interesse del promittente costituisce la *cause raisonnable et juste* (v. § 14 lett. *e;* v. anche § 3 *sub b*) (2).

(1) In particolare per ciò che concerne l'*option* e le cosidette *business promises* non assistite da una *consideration*: cfr. la serie di articoli sulla *consideration* pubblicati dalla *Columbia Law Review* 1941, vol. 41 (cit. anche *infra,* § 26), articoli che tutti trattano più o meno di questo problema. V. anche il mio articolo in *Riv. dir. comm.,* 1952, I, p. 412 e *infra* § 28 *sub b* e § 35 *sub c.*

Quanto ai paesi di diritto misto o isole nel mezzo della common law (Quebec), cfr. l'interessante articolo di H. Newman in *Canadian Bar Review,* 1952, cit., sopra, § 5, nota 4.

(2) Così nel caso Fellmann cr. Mathebs si trattava in realtà di una promessa interessata, per la *chance* di guadagno che Fellmann, come albergatore, aveva nel promettere in comodato un locale al vetturino Mathebs. Di questo interesse, oltre che della *causa praeterita* e del particolare affidamento di Mathebs, il giudice tenne conto per condannare Fellmann alla consegna del locale e per *fissare in due anni la durata del rapporto.* Il che certamente non avrebbe fatto, ma avrebbe ritenuto revocabile il rapporto stesso per giusti motivi o con breve preavviso, se non fossero concorse quelle « giuste cause ». V. vol. II, « Casistica ».

Benchè in alcuni di questi casi, come in quello dell'opzione e dell'offerta a fermo, l'intento di vincolarsi giuridicamente possa sollevare dubbi (3), si può dire, in genere, che l'interesse economico, che spinge il promittente, serve ad eliminare tali dubbi. La dottrina e la giurisprudenza italiane ne hanno fatto un criterio oggettivo per distinguere il cosidetto « trasporto di cortesia » dal cosidetto « trasporto gratuito ». Quell'interesse, mentre mostra l'intento di vincolarsi giuridicamente (*cause raisonnable*), costituisce nello stesso tempo una ragione per *giustificare* la condanna del promittente (*cause juste*: v. § 14 *lett. e*). Di più: esso costituisce una ragione per applicare, o tendere ad applicare, a queste promesse la misura rigorosa della responsabilità propria dei contratti a titolo oneroso: anzi, si può dire che, sotto questo aspetto, le promesse interessate, e specialmente l'opzione e simili, sono parificate a quei contratti (v. per un certo argomento analogico il caso del deposito: art. 1928 c. civ. francese). Pothier le considerava sotto il generico concetto dei « *contrats intéressés* » (v. § 5 nota 4). Per lo meno, vi è una tendenza, che in pratica è assai operante, ad adeguare la misura delle responsabilità, tenendo conto dell'interesse del promittente.

In particolare, la promessa unilaterale di vendita, il contratto unilaterale di fornitura, l'apertura di credito, le opzioni e simili, sono divenuti, nella vita degli affari, dei contratti tipici e così delle promesse che è ormai costume di fare con l'intento di vincolarsi giuridicamente e sulle quali si usa fare affidamento. Il promissario, sulla base di tale affidamento usuale, si prepara assai spesso all'esecuzione dell'affare definitivo o trascura altri affari che gli vengono offerti.

Al contrario, nella *common law,* come nel diritto romano e nel diritto medievale, l'interesse del promittente in questi casi non ha alcun rilievo: mancando l'elemento quasi formale della *res* o della contropromessa, il contratto deve rivestire la forma in uso in quei vari sistemi. Nella *common law,* simili promesse sono espressamente qualificate come *gratuitous promises* (v. *infra* § 28).

(3) Su questo punto v. *infra,* § 28 e 35, sulla *common law,* e gli autori di *common law* citati a nota 1, nonchè i miei articoli in *Riv. dir. comm.* 1951, I, pag. 349-350 e 1952, I, pag. 412-413.

b) Distinzione fra le obbligazioni di dare e le altre obbligazioni.

Anche rispetto alle promesse interessate in esame riaffiora la distinzione fra le obbligazioni di dare e le altre obbligazioni. Come abbiamo visto, le promesse di dare senza una controprestazione si fanno di solito rientrare nello schema formale-causale della donazione, anche se il promittente vi ha un interesse economico, s'intende, un interesse diverso da una controprestazione convenuta (a parte il problema della donazione *cum onere*). Si tratta, cioè, dei casi in cui si fanno simili promesse nella speranza o in vista della *chance* di vantaggi economici: v. sopra § 9 nota 4.

Salvo casi eccezionali, che hanno acquistato un certo carattere tipico nella vita degli affari, come le promesse a titolo di réclame o le promesse di premi a operai e impiegati (e anche qui entro certi limiti ragionevoli di valore), le promesse di dare suaccennate sono considerate come donazioni.

Il suddetto interesse, di *chance* o simili, non serve:

— nè a liberare la promessa dal requisito della forma della donazione, sia nella funzione della forma come prova dell'intento di obbligarsi giuridicamente; sia sopratutto nella sua funzione di protezione del promittente e della famiglia contro deliberazioni affrettate o poco ponderate di spogliarsi dei propri beni, le mere *chances,* speranze o aspettative non sembrando una *cause suffisante,* anzi, apparendo come un allettamento piuttosto pericoloso: v. § 8;

— nè a giustificare la condanna del promittente, per il che si esige una causa presente o *praeterita* « *suffisante* »: v. §§ 10 e 11;

— nè ad accrescere la responsabilità del promittente una volta osservata la forma della donazione: chè una maggior responsabilità per l'evizione, i vizi della cosa, e la irrevocabilità della donazione per ingratitudine, sopravvenienza di figli, stato di bisogno o altri « *giusti* motivi », si incontrano soltanto per le donazioni remuneratorie e per quelle *cum onere* (4).

(4) A questo proposito le norme dei vari codici sono assai differenti, sia quanto alle garanzie che quanto all'irrevocabilità e ai casi cui queste si

Naturalmente, vi sono anche qui dei dissensi e forti. La dottrina e la giurisprudenza francesi, che limitano il concetto di donazione a quello di pura liberalità (v. sopra §§ 9-11); sono naturalmente portate a liberare simili promesse di dare (e le corrispondenti alienazioni) del requisito della forma e a considerarle come contratti a titolo oneroso, anche sotto l'aspetto della misura della responsabilità del promittente (o alienante); v. sopra § 9 nota 10 e la « Casistica » nel vol. II.

Tutto ciò, in uno con la riaffiorante distinzione fra le obbligazioni di dare e le altre obbligazioni, mostra, un'altra volta, gli stretti rapporti fra la *cause suffisante,* la forma e la misura della responsabilità o i criteri oggettivi di giustizia e di interpretazione.

§ 17

L'accettazione e l'affidamento (rinvio)

La concezione del contratto come accordo o fusione di volontà, o come ipostasi di una volontà superiore da cui nascerebbe la « legge contrattuale » (v. sopra § 6), ci ha sovente tenuto nascosto che la esigenza dell'accettazione della promessa rappresenta, in certo senso, un *vestimentum.* Invero nell'esigenza dell'accettazione, per la *formazione* del vincolo contrattuale (v. Domat, sopra § 5 *sub a*), è implicata quella di un minimo di affidamento del destinatario della promessa, un minimo che risulta provato dall'accettazione. Il principio del valore del nudo consenso, inteso come volontà del promittente, o come autonomia della volontà (v. sopra § 6), dovrebbe implicare che il promittente è vincolato pel solo fatto dell'aver pro-

---

applicano: v. art. 797-798 e 805 c. civ. ital.; 521-524 e 519, 528 segg. c. civ. germ.; 248, 249 segg. c. svizzero obblig.; 494-496, 500-502 c. civ. egiz.)

Per la dottrina e la giurisprudenza francesi circa la garanzia per evizione e per vizi e la irrevocabilità (escluse, pare, anche in caso di donazioni *avec charges* e remuneratorie), v. PLANIOL, *Traité Pratique* cit., vol. V, n. 466 segg., 501 e 517.

messo o, come si suol dire, dell'esseresi spogliato della relativa dichiarazione, indirizzandola a qualcuno.

In realtà un simile principio sarebbe così poco pratico, così poco giusto, che nessun ordinamento moderno è arrivato, almeno per la promessa *non formale* (1), ad accoglierlo, salvo alcuni casi eccezionali. Impegnare una persona verso qualcuno, per la parola, per la semplice *pollicitatio,* senza che questo qualcuno abbia mostrato, in qualche modo, di farvi affidamento, sembra quasi assurdo. Comunque, nella bilancia delle ragioni di giustizia per condannare il promittente, ciò sembra ingiusto.

Quest'esigenza dell'affidamento si manifesta variamente nelle varie società e nei vari ordinamenti giuridici secondo la loro mentalità, il loro costume, il loro spirito.

Nella *civil law* basta l'accettazione come semplice manifestazione di voler far propria la promessa altrui o di « accettarla », manifestazione che potrà anche essere tacita, risultare da fatti concludenti, o essere anche presunta per certe specie di promesse, quando non vi sia un rifiuto in un termine ragionevole (2). Naturalmente questo affidamento, insito nella semplice accettazione, ha rilievo particolare, come *vestimentum* o ragione della sanzione giuridica, soltanto per le promesse a titolo gratuito, chè, per quelle a titolo oneroso, concorre sopratutto il criterio del sacrificio del promissario.

Ma nella *common law* l'*acceptance* è concepita diversamente: essa consiste non nella mera « accettazione » della *civil law,* ma nella esecuzione della *consideration* domandata (3), vedendosi in ciò un

---

(1) Per la promessa formale, v. tuttavia il caso dello *act under seal* nella *common law,* e il caso della forma (cerimonia) degli ordinamenti giuridici primitivi, ove, anche, si concepiva la promessa come diretta a Dio, alla società organizzata o simili.

Si vedano anche le discussioni che si sogliono fare a proposito del carattere unilaterale della promessa cambiaria.

(2) V. ad esempio art. 1333 c. civ. ital.; 151 c. civ. tedesco; 6 c. svizzero obblig. che, tuttavia, non si riferiscono all'accettazione della donazione, la quale dev'essere formale.

(3) Perciò nella *common law* il problema della accettazione e della *con-*

particolare affidamento (*reliance*) che ha un particolare valore, come ragione di giustizia per sanzionare la promessa, in quanto l'affidamento stesso, consistente nell'eseguire la *consideration,* è stato domandato o contrattato dal promittente *reliance for barbained*): v. *infra* § 26 e 29.

Se la *reliance* non consiste nell'*acceptance,* come esecuzione della *consideration domandata,* la promessa, almeno in certi paesi di *common law,* può essere talvolta *enforceable,* se l'affidamento del promissario si è manifestato nel fatto di subire un concreto pregiudizio sulla base della promessa: v. *infra* § 27.

Ma sul requisito dell'accettazione come un particolare *vestimentum,* o ragione della sanzione giuridica, nelle promesse a titolo gratuito neppure occorrerebbe insistere, tanto gli autori di *civil law* sono d'accordo sulla necessità dell'accettazione. E ciò, benchè il rapporto di tale requisito con l'affidamento, e così con una particolare ragione di sanzione della promessa, resti nascosto tra le pieghe della concezione dell'accordo o della fusione di volontà (4).

---

sideration come affidamento ha più stretta relazione, che non nella *civil law,* col problema della formazione del contratto: v. *infra,* § 29.

(4) Ne hanno invece chiaramente intuito la portata gli autori di *common law*: cfr. FULLER *Consideration and Form,* in *Columbia Law Review,* 1941, vol. 41, pag. 819 nota 31, ove quest'autore ne scrive che nella *civil law* il requisito di qualche espressione di accettazione, posto anche per certe obbligazioni puramente unilaterali, opera in certo senso come un surrogato della *consideration,* in quanto tale accettazione mostra l'intento del promissario di agire o regolare i propri affari sulla base della promessa. E, aggiunge il Fuller, molte delle critiche che nella *common law* si fanno contro il requisito della *consideration,* sul continente vengono dirette contro il requisito dell'accettazione (e qui cita DEMOGUE, *Traité des oblig.,* I, n. 51-63 e Heck). In Francia, continua l'autore, il dubbio principale circa l'effetto vincolante di un'offerta contrattuale non concerne la mancanza di *consideration,* ma quella di un'accettazione della proposta di tenere l'offerta aperta (vincolante) per un certo tempo (DEMOGUE, *Traité,* II, n. 17).

Nota anche, il Fuller, che vi può essere una certa confusione fra la funzione della *consideration* e quella dell'accordo (o dell'accettazione come accordo). E cita in proposito un passo di Austin, ove questi, domandandosi perchè una promessa è vincolante, risponde: « a cagion dell'aspettativa o affidamento

Tuttavia, questa esigenza dell'affidamento, come ragione particolare della sanzione della promessa, riaffiora anche nella *civil law* in alcuni casi assai importanti.

Anzitutto nei casi di promessa al pubblico, ove la mancanza del requisito dell'accettazione si giustifica in certo senso con l'affidamento che simili promesse, pel modo con cui sono fatte, suscitano nel pubblico; sicchè chi ha eseguito la prestazione (anche ignorando la promessa) o chi si trova nella situazione prevista dal promittente, ritiene, per una specie di pubblica fede, di poter fare affidamento sulla promessa e di poter regolare le sue aspettative o i suoi affari in conformità.

In secondo luogo, abbiamo visto come in molti casi di promesse gratuite di servizi la condanna del promittente si giustifica sulla base di un *particolare* affidamento fatto dal promissario sulla promessa: v. § 14 lett. *e*.

Infine, e questo è il lato più interessante, avremo occasione di vedere che in molti casi di vera e propria donazione *cum onere,* in cui la giurisprudenza ha liberato l'atto dal requisito formale, ciò si deve, nella sostanza, se non nella apparenza della motivazione, al fatto che il promissario o « donatario » aveva già eseguito l'onere. In tal modo il promissario aveva mostrato di aver fatto sulla promessa quel particolare affidamento che consiste nel subire un sacrificio (il sacrificio *richiesto* dall'altra parte) e in genere un sacrificio assai grave, almeno per le sue ripercussioni nel sistema degli affari e interessi patrimoniali e morali del promissario stesso. Ma questo punto, tanto interessante quanto delicato, non si può toccare senza prima essere entrati in un contatto piuttosto intimo con le decisioni giurisprudenziali (v. nel vol. II la nota ai casi Carrari-Masiero; Ville de Marseille-Impératrice Eugénie, ecc.).

Per concludere: quest'esigenza dell'affidamento, quale pregiudizio subito più o meno a richiesta del promittente, opera nella *civil law,* come *vestimentum* o ragione di sanzione del patto nudo, più

(*expectation*) suscitata nel promissario; per la qual ragione una mera *pollicitatio* non è vincolante: *for a promise not accepted could not excite expectation* ».

di quanto non si creda. E, sotto certi aspetti, questo atteggiamento sostanziale della (giurisprudenza della) *civil law* ci avvicina alla *common law*; v. le conclusioni del vol. II « Casistica ».

Quanto ai rapporti fra la mera accettazione e il « consenso », v. § 35 *sub a.*

§ 18.

Il requisito della forma per determinati contratti

Fin qui, parlando dei *vestimenta* nel sistema moderno dei patti, non abbiamo tenuto conto della forma, salvo per il caso della donazione (v. sopra § 8-13).

Questo caso presenta un certo carattere particolare. E' vero che anche il requisito della forma della donazione è strettamente connesso al contenuto tipico o « causa », in questo senso, del contratto, la causa di liberalità, così come sono connesse al contenuto tipico le altre forme di cui parleremo (v. *infra* § 34 *sub a*). Ma la causa di liberalità presenta questo carattere particolare, di essere una causa generale o generica, che comprende tutte le promesse di *dare* non aventi un certo carattere tipico o una *cause suffisante* (v. sopra § 7-13); sicchè la forma della donazione serve o può servire per rendere valide le promesse di quel genere, che altrimenti valide non sarebbero. In certo senso la forma della donazione sostituisce, almeno per l'obbligazione di dare, la forma della *stipulatio,* benchè essa non abbia della *stipulatio* il carattere della forma *omnibus* e di astrazione, in quanto, come s'è detto, il requisito formale della donazione è connesso al contenuto o causa (di liberalità) del contratto.

Ma, oltre la donazione, vi sono molti altri casi in cui un requisito formale è imposto, come si suol dire, a pena di nullità: si tratta talvolta della forma scritta, tal'altra di quella dell'atto notarile, o anche di altre forme speciali.

Si vedano, ad esempio, gli artt. 1350 c. civ. ital.; 313, 761, c. civ. germanico; 89, 507, 743 c. civ. egiz., ed altre simili norme dei vari

codici di *civil law*. Si tratta molto spesso dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento o la costituzione di un diritto reale immobiliare o il godimento di un immobile per un certo periodo di tempo, etc. (1). Vi si possono aggiungere: certi contratti di società, i contratti di assicurazione, certi contratti considerati nelle varie leggi e nei vari codici sulla navigazione; i patti di non concorrenza e i consorzi (v. art. 2125, 2557, 2596 e segg. cod. civ. ital.); la fideiussione nel cod. civ. germanico (art. 766); i contratti per adesione e quelli tipo, almeno per quanto concerne certi patti o clausole (v. art. 1341 e 1342 cod. civ. ital.).

Ma ogni elencazione sarebbe incompleta, o difficile, perchè le regole su queste forme variano nei vari ordinamenti di *civil law*. Esse sono, del resto, in continuo aumento. Vi si potrebbe anche aggiungere la forma della cambiale (e quella della c.d. promessa astratta e del riconoscimento di debito nel cod. civ. germanico: art. 780), in quanto questo requisito formale è connesso con un certo contenuto della promessa e un certo intento del promittente (v. *infra* § 22 nota esplic. n. 3).

Come s'è accennato, e come meglio diremo *infra* al § 34 *sub a,* i requisiti formali in esame, cioè le forme della *civil law* moderna, presentano tutti il carattere di essere connessi con il contenuto tipico, o « causa » in questo senso, del contratto; sono forme prescritte per certi tipi di contratto. Il che le distingue dalla forma della

---

(1) Alcuni di questi contratti nei sistemi latini hanno per oggetto il *transfert* immediato o la costituzione di un diritto reale immobiliare (v. infra, § 38 sul *transfert*). Ma in genere a quell'oggetto immediato si accompagna anche l'obbligazione di dare o almeno la garanzia per evizione; inoltre la forma, prescritta per i contratti aventi quell'oggetto immediato, è prescritta anche per la promessa dei contratti stessi: cosidetta promessa di vendita, etc. (v. art. 1351 c. civ. ital.; 101 cod. civ. egiz. ecc) Sicchè si può dire che la forma è imposta anche per la promessa di dare insita in quei contratti

Si noti, tuttavia, che nel diritto francese la vendita immobiliare e la promessa di vendita immobiliare sono valide, *fra le parti,* anche se fatte verbalmente. Nel diritto egiziano è solenne, anche nei rapporti fra le parti, *soltanto* il contratto come *transfert* (la solennità consistendo nella iscrizione sul libro fondiario sulla base di un atto scritto).

stipulatio o da simili forme *omnibus* che presentano altri ordinamenti giuridici, ivi compresa la *common law*.

Ma il risultato pratico di quei requisiti formali è quello di una limitazione al principio *solus consensus obligat* (2), cioè di una limitazione alla aspettativa del creditore fondata sul puro consenso (v. sopra § 6), e quindi, se si vuole, di un *vestimentum*.

Nei casi suddetti la forma è imposta, fra l'altro, per la certezza di certi rapporti giuridici, per assicurarsi mediante un criterio oggettivo che vi è una volontà di obbligarsi *giuridicamente,* un contratto concluso, una volontà ponderata (protezione del promittente). Di modo che, per eliminare ogni incertezza su questi punti, la volontà di obbligarsi non può risultare che dalla forma, perfino quando si sarebbe altrimenti sicuri al cento per cento che nel caso concreto la parte ha inteso contrarre un vincolo in senso giuridico. Il che, in pratica, è l'effetto proprio dei cosidetti *vestimenta* (diverso è, in certo senso, l'effetto della forma scritta imposta dallo *Statute of Frauds* nella *common law*; v. *infra* § 34).

Anzi, il *vestimentum* in quei casi è talvolta doppio, perchè, al requisito di una causa tipica o sufficiente, imposto per evitare il requisito formale della donazione, si aggiunge quello della forma scritta. E il sistema diventa ancor più complicato, perchè, essendo la forma connessa a certi tipi di contratto, occorre talvolta affrontare il problema, non facile, di una classificazione o inquadramento del caso concreto rispetto a quei tipi formali.

Si tenga presente che a questa specie di forma sono sottoposti i *contratti più importanti* nella pratica degli affari, come risulta dagli esempi suaccennati; e che l'imposizione di simili forme è in continuo crescendo nei vari paesi di *civil law*. Il che ci allontana sempre più dal preteso principio *solus consensus obligat,* e sempre più viene a complicare il moderno sistema di patti vestiti.

---

(2) Cfr. su questo punto anche SAVIGNY, *Obligations* cit., § 77, pag. 407 e segg.

§ 19.

La teoria della funzione economico-sociale del contratto

a) *Brevi cenni.*

Con la disamina fatta nei precedenti §§ 7-18 riteniamo di aver esaurito il sistema dei *vestimenta* dei patti che, ove più ove meno, vige nella moderna *civil law*. Come risulta da tutto quanto si è detto, quei *vestimenta* sono dei requisiti (di forma, di *cause suffisante, raisonnable, juste* o simili) posti dalla legge pei seguenti vari e spesso concomitanti fini: stabilire in modo oggettivo l'intento di contrarre un vincolo di carattere giuridico; garantire la certezza dei rapporti o di certi rapporti giuridici; proteggere il promittente e la sua famiglia contro deliberazioni non ponderate; obbedire all'esigenza di una certa giustizia perequativa nella sanzione della promessa, cioè nella condanna del promittente.

Tutti questi scopi operano ovviamente in un sistema contrattuale preoccupato dell'esigenza di certezza e di quella di rendere giustizia fra *privati* in un affare considerato come privato, ove si agitano, cioè, interessi considerati come privati. Ciò riguarda la funzione del diritto o l'interesse pubblico, soltanto per un generico scopo del diritto stesso di mantenere la pace e l'ordine sociale, mediante il riconoscimento delle promesse e del valore della parola data. In un simile sistema la funzione del diritto o, se si vuole, la *funzione del contratto* come istituto giuridico, cioè la funzione della sanzione giuridica del contratto, è quella di evitare che i conflitti nati da un affare privato vengano composti fuori dai Tribunali in modi pericolosi per l'ordine sociale. La forma o le varie cause menzionate nei §§ 8 a 18 vengono aggiunte per obbedire ad esigenze (più o meno sentite nel costume) di certezza e di giustizia fra privati, affinchè la soluzione dei Tribunali lasci il meno possibile di sfiducia e così inviti ancora a ricorrere ad essa.

In un simile sistema contrattuale, a parte quei *vestimenta,* l'unica limitazione che si pone alla sanzionabilità del contratto in vista del-

l'interesse pubblico è quella della cosidetta illiceità, cioè la contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

Per il resto, la funzione sociale del contratto (come istituto giuridico) si esaurisce in quella suaccennata di mantenere l'ordine e la pace sociale, obbedendo nel contempo a particolari esigenze di certezza e di giustizia fra privati. Ed è già una funzione di tale rilievo, che basta a giustificare l'istituto giuridico.

Senonchè la più recente teoria, specialmente quella italiana, in parte trascurando in parte travisando i *vestimenta* menzionati ai §§ 8-18, ha sostenuto l'esistenza di un altro requisito o limitazione al cosidetto principio del consenso, cioè alla sanzionabilità del contratto, un requisito che si distinguerebbe da quello della liceità del contratto stesso.

Questo requisito consisterebbe nella funzione sociale o economico-sociale che un dato contratto (lecito) dovrebbe avere per meritare la sanzione giuridica; altrimenti il contratto, benchè lecito, sarebbe un *quid indifferente* per il diritto. Secondo la cennata teoria, questa funzione economico-sociale del contratto sarebbe la *causa* in senso proprio del contratto, cioè quel *quid* che, accanto alla promessa o al valore della parola data, *giustifica* la sanzione giuridica, l'intervento del diritto: non una causa o giustificazione consistente nell'esigenza di render giustizia fra privati (oltrechè in quella di certezza), ma una giustificazione concernente l'interesse pubblico al riconoscimento di un dato contratto, per la funzione economico-sociale che questo ha.

Un contratto, inteso come affare, che sia diretto a realizzare interessi futili, capricciosi, non rappresentanti, cioè, alcun interesse per la società, o alcuna « utilità sociale », un contratto « socialmente futile o improduttivo », non sarebbe degno del riconoscimento giuridico, sarebbe, per il diritto, giuridicamente indifferente. L'organizzazione del diritto o della giustizia costa alla società e allo Stato: occorrono del danaro e dei beni, per pagare gli organi della giustizia, mantenerne gli edifici ecc.; occorre, in genere, uno sforzo sociale per esercitare le funzioni della giustizia e dell'ordine. Non sarebbe conveniente, nè conforme alla dignità del Diritto e della Giustizia, di

impiegare quello sforzo per degli affari futili e senza alcun interesse per la società. Alla stregua di questa teoria, non dovrebbero, ad esempio, essere giuridicamente riconosciuti: il contratto per cui uno promette ad altri un compenso, perchè mantenga il canarino favorito; o perchè venga a salutare il promittente ogni mattino davanti alla sua porta di casa; o il contratto per cui due si obbligano reciprocamente a fare una partita a golf (con « intento giuridico ») o a rispettare certi animali che non offrono alcun interesse per la società, nemmeno dal punto di vista del costume (ove vige) per la protezione di altri animali. (si veda, per altri esempi, specie di *common law*, il vol. II, Casistica). E l'affare o contratto sarebbe nullo (giuridicamente indifferente) nella sua unità: cioè, ad esempio, non soltanto come obbligazione del compenso, ma anche come obbligazione di mantenere il canarino, di fare il saluto mattinale ecc.

Questa teoria, che, come si è detto, è stata sviluppata sopratutto ad opera della recente dottrina italiana, è stata poi accolta qua e là dalla dottrina di altri paesi (1); e si trova espressamente sanzionata dal nuovo codice civile italiano, il quale all'art. 1322 stabilisce, a proposito dei contratti innominati: « Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano a tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ».

La Relazione del Ministro della Giustizia sul nuovo codice (n. 603) a proposito di quest'articolo, ne dice: « Il nuovo codice, peraltro, non costringe l'autonomia privata a utilizzare soltanto i tipi di contratto regolati dal codice, ma le consente di spaziare in una

(1) Le citazioni, come la stessa esposizione della teoria, sembrano inutili pel lettore italiano, tanto questa teoria gli è nota. Ci limitiamo a qualche cenno di rinvio per i lettori che non la conoscono: BETTI, *Teoria gen. del neg. giur.* cit., 2ª ed., p. 80 segg., 125, 128-129, 246-247, e *passim* (ove si trovano i concetti di scopi « socialmente futili o improduttivi » e di negozi « giuridicamente indifferenti »); DEMOGUE, *Traité des oblig.* cit., II, n. 743 segg. (che si richiama, oltre che alla dottrina italiana da lui abbondantemente citata, anche alle idee del DUGUIT); WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, 1945. La teoria si trova anche presso certi autori tedeschi: MANIGK, VON TUHR (*infra* cit.) ecc.

più vasta orbita e di formare contratti di nuovo tipo, se il risultato pratico, che i soggetti si propongono con essi di perseguire, sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico (articolo 1322, comma secondo): l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale, e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto. Si pensi, per esempio, ad un contratto col quale alcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da un'attività produttiva o a un'esplicazione sterile della propria attività personale e a una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua disposizione, senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte».

Sembra chiaro che questa teoria non ha una grande importanza per i contratti espressamente riconosciuti dal legislatore (cosidetti contratti nominati nel senso moderno), perchè il legislatore, sanzionandoli espressamente, avrebbe riconosciuto con ciò stesso la loro funzione economico-sociale. E' per i così detti contratti innominati che si presenta il problema (2).

Anzi, nella sua più precisa impostazione, il concetto della funzione economico-sociale si traduce in quello di una certa tipicità del contratto; tipicità intesa non nel senso di contratti espressamente previsti dal legislatore, ma nel senso di contratti a questi analoghi, nonchè di contratti che nella coscienza sociale, o secondo l'uso o il costume, hanno il carattere di affari (aventi valore giuridico) che sono almeno suscettibili di essere elevati a tipi, a qualcosa di oggettivo, appunto in quanto non rappresentano interessi o gusti strettamente

(2) La dottrina sembra quasi d'accordo in questo senso (v. anche la Relazione del Guardasigilli cit., all'art. 1322). Ma la questione è talvolta discussa: cfr. BETTI, *Neg. giur.* cit., p. 111; PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del neg. giur.*, in *Nuova Riv. di dir. comm. e dir. dell'economia,* 1947, p. 13 segg.

Secondo il BETTI, *op. cit.*, pag. 324, porterebbe alla nullità del negozio per fino l'adoperare un negozio tipico (un contratto?), per uno scopo (futile) diverso da quello per cui il negozio tipico fu giuridicamente riconosciuto.

individuali (cosidetti interessi futili o capricciosi o socialmente indifferenti). E' questa la cosidetta tipicità sociale (3). Invero, una funzione economico-sociale può spettare soltanto ai contratti o affari che presentano il carattere di tipicità, almeno sociale, suaccennato, o che sono suscettibili di essere elevati a tipo: carattere o suscettibilità che si determinano appunto secondo il criterio oggettivo della coscienza sociale.

Dunque: secondo questa teoria, non basterebbe che un contratto non sia socialmente dannoso (illecito); esso dovrebbe anche non essere « socialmente futile o improduttivo ».

Noi non riteniamo che il requisito della funzione economico-sociale, così inteso, sussista nella *civil law* moderna e tanto meno in altri sistemi giuridici (4). Non riteniamo, comunque, nonostante certe proclamazioni anche del nostro codice, che quel requisito, per lo stesso modo con cui è trattato e esemplificato, sia suscettibile di applicazioni pratiche che lo distinguano dalla illiceità del contratto o dalla possibilità di eliminare questa illiceità in *certi casi speciali,* o da altri casi che si possono e si devono spiegare senza bisogno di ricorrere a quella teoria.

La teoria della causa del contratto come funzione economico-sociale è il prodotto più squisito di un certo metodo (insensibile alla storia e al diritto comparato) di nebulose astrazioni e di equivoche generalizzazioni, croce e delizia di una parte notevole dei nostri scienziati del diritto, quelli che, nella storia della *civil law*, si chiamavano i « savants ».

---

(3) Cfr. BETTI, *op. e loc. citt.*.

(4) Si sostiene invec (v. ad es. BETTI, *op. cit.*, p. 168 segg. specie p. 192) che il requisito della funzione economico-sociale del contratto (o di una certa « tipicità in ordine a un interesse oggettivo degno di protezione ») è proprio di ogni sistema giuridico; negare questa esigenza « significa rimettersi al mero arbitrio individuale, al capriccio, al motivo transeunte, che, come tale, anche se plausibile in concreto, è sempre irrilevante per *qualsiasi diritto* » (il corsivo è nostro). Salvo intendere quel requisito in senso molto generico (v. sopra *sub a* in principio), crediamo che una simile concezione sia estranea alla *civil law* fino a tempi recenti (vedi *infra sub b*) e alla *common law* (v. *infra* § 31).

b) *L'origine storica e gli equivoci della teoria in esame.*

Non è improbabile che sulla dottrina italiana, in cui parecchi romanisti erano al tempo stesso civilisti (5), una certa suggestione sia stata esercitata dalla tipicità del sistema contrattuale romano (v. sopra § 2 *sub a*) in fine). Anche questa moderna teoria infatti tende a collegare il riconoscimento giuridico più all'affare o *negotium* (avente certe qualità), che alla *conventio* o cosidetta volontà delle parti (sulla quale v. § 6) (6). Ma, come si è notato, la tipicità romana e, in questo senso, la funzione economico-sociale del contratto, erano determinate da ragioni storiche diverse da quelle che ispirano la moderna teoria della funzione economico-sociale (v. sopra § 2, *sub a,* in fine). Nè è da dimenticare che nel sistema romano classico e in altri sistemi giuridici, nelle loro prime fasi di evoluzione, la limitazione del riconoscimento giuridico a certi contratti tipici o di uso comune era determinata, oltre che dalla tendenza al formalismo processuale (tipi di azione), anche dalla scarsità della forza sociale disponibile per mantenere la pace e l'ordine e dalla inefficienza dell'organizzazione giudiziaria; con la conseguente resistenza ad occuparsi delle questioni *private* o di quelle atipiche, cioè di quelle che non si presentassero rivestite di certi tipi comuni o di una certa forma che ne rendessero facile e pronta la soluzione (7). Facilità di soluzione, che era richiesta in relazione ai problemi dell'intento giuridico, della giustificazione della condanna del debitore, della interpretazione e della integrazione della volontà del-

(5) Come è noto, i primi sviluppi del concetto di funzione economico-sociale, si trovano nel corso di lezioni sui negozi giuridici tenuto da Vittorio Scialoia nel 1892-93.

Già alcuni autori del diritto comune (ad esempio Fabro, *Rationalia,* sulla legge 7 D. *de pactis*) accennano all'idea romana dell'affare o *negotium* come causa del riconoscimento giuridico.

(6) Cfr. pel diritto romano, Bonfante, *Istituzioni,* § 127 e nota ivi.

(7) Il Plucknett (*A concise history of the common law,* 4ª ediz., Londra, 1948, pp. 595-596) a proposito di questa caratteristica dei diritti primitivi, richiama il detto di Glanvill, il quale scriveva, nel secolo XII, che la *curia regis* inglese « *cannot be troubled with private conventions* ».

le parti (v. sopra § 1 e § 2 *sub a*). Ma l'esistenza, in quei sistemi, del contratto formale puro, sentito e praticato dal costume, permetteva ai privati di colare in questo stampo qualunque affare, anche il più atipico. Senonchè quelle ragioni storiche hanno cessato di operare nei moderni sistemi giuridici di *civil law* e quindi non v'è più ragione di mantenere la tipicità e, in questo senso, la funzione economico-sociale (concretantesi nei contratti di uso comune in una data società).

Del resto, in tutta la storia della *civil law* dal medioevo in poi non si trova traccia del requisito della funzione economico-sociale nel senso moderno (8); anzi, i contratti più atipici sembrano riconosciuti, quando sussistono le forme o la *res*; e la tipicità opera soltanto nello sviluppo dei cosidetti contratti consensuali (v. sopra § 3 *sub a* e § 4 *sub a* e *sub b*). Tuttavia non si può dimenticare la teorica dei « *pacta inepta atque stolida* » nei nostri autori di diritto comune, teorica fondata su certi equivoci insieme con quella del requisito di una « *justa causa* » (8 bis).

---

(8) Soltanto alcuni romanisti, ma senza effettiva influenza sulla prassi, accennano al *negotium* (nel senso romano) come causa del riconoscimento giuridico della *conventio*: v. sopra nota 5.

Grozio, ed altri con lui, accennano ad una utilità sociale o pubblica delle *piissimae causae,* ma soltanto come requisito per la validità della *pollicitatio* e per l'esenzione dalla forma dell'atto notarile (Grozio, cit. sopra al § 4, nota 17).

Ma anche questo aspetto dell'utilità sociale è oggi assorbito nella validità delle promesse al pubblico: v. sopra § 12.

(8 bis) Cfr. Voet, *Comm. ad Pandectas,* Libro II, 14, n. 6, per cui non si possono dedurre in un patto i « *negotia stolida atque inepta, veluti, pretiosas vestes, ornamenta alia, sepulcro secum inferri* ». E qui il Voet argomenta dalla legge D. 30, 1, 113 § ult. concernente..... il testamento e ne parla insieme ai patti illeciti!!

Richeri, *Universa jurisprudentia* cit., Libro III, tit. IV, § 746, ripete il Voet, riferendo questi patti al discorso sui patti illeciti e vi riferisce anche i patti « *quae nullam justam caussam habent; neque enim probari debet obligatio, cuius adimplendae non subest legitima caussa* ». E argomenta in proposito dalla D. 44, 4, 2, § 3, ove si dà l'esempio di chi stipula la restituzione di una somma non ancora versata e che poi non verserà, o per una causa che poi viene meno (eccezione di dolo): ove il concetto di « *justa causa* » eviden-

Nè con la concezione della funzione economico-sociale, o di una utilità sociale del contratto, meritevole per questo del riconoscimento giuridico, va confuso il requisito dell'interesse del creditore proporzionato al peso dell'obbligazione (v. *infra,* § 20 *sub b*).

Ma, oltre al cennato equivoco storico, se e fin dove ha operato, altri equivoci hanno operato nella formazione della moderna teoria della funzione economico-sociale. In particolare, sembra, gli equivoci seguenti:

1°) V'è stata anzitutto una confusione, facilitata dall'ambiguità dell' espressione « funzione sociale », fra la funzione sociale come utilità sociale di un contratto, e la funzione sociale come funzione tipica di un contratto nella società. In quest' ultimo senso si tratta della funzione che serve a determinare il tipo o i caratteri tipici di un dato contratto: in questo senso, per esempio, la compravendita ha la funzione tipica dello scambio fra danaro e beni da questo diversi. Anche questa funzione tipica è stata chiamata « causa ».

Essa serve per risolvere problemi diversi da quello di vedere se un dato contratto, per la sua utilità sociale, meriti il riconoscimento giuridico; e, in particolare, i problemi seguenti:

— problemi di inquadramento o classificazione di un caso concreto fra i tipi usuali, al *fine di determinare le norme* ad esso applicabili direttamente o per analogia, o, in genere, al fine di creare, giurisprudenzialmente, delle norme atte a reggere questo e simili altri casi (9); o, ancora, al fine della cosidetta interpretazione integrativa della volontà delle parti;

---

temente non permette l'argomentazione del Richeri. Il quale poi, al § 774, estende il concetto di *justa causa* anche a quello di un interesse *lecito* del creditore o di un suo interesse valutabile in danaro (sul quale ultimo punto v. § 20, *sub a*).

Quanto alla strana argomentazione dal testamento (e dalle *ineptae voluntates defunctorum*) pel contratto, argomentazione che riaffiora anche oggi, v. nota 14.

(9) Cfr. ad es., le numerose nostre sentenze recenti (ad es. nel *Rep. Foro It.* 1951, voce *locazione* n. 151-163, e 1950, voce *comodato,* n. 5, 7, 8) che applicano il concetto di funzione economico-sociale per distinguere dalla locazione il comodato, il precario, oppure il contratto con cui, dietro modesto corri-

— problemi del *dissenso* fra le parti circa il contenuto tipico (cosidetta funzione o causa) del contratto;

— problemi della realizzazione o della realizzabilità dello scopo delle parti, presentati sotto l'aspetto oggettivo, peculiare alla *civil law* e un po' macchinoso, dell'impossibilità di realizzare in concreto la funzione del contratto (10); ad esempio, pel caso di perimento, prima della vendita, della cosa venduta. Vi sono connessi i problemi della distinzione fra la c.d. causa e i motivi (v. *infra* § 22) (11).

---

spettivo, si concede il godimento di locali allo scopo dichiarato ed elevato così a « causa », di ottenere la custodia dei locali stessi da parte del concessionario. E ciò al fine delle vigenti norme sulla proroga legale delle locazioni. A proposito del contratto summenzionato le sentenze parlano anche di « negozio atipico », di « atipicità » del negozio e di « causa », per distinguere il negozio tipico di locazione da questo negozio atipico.

V. anche le sentenze e autori citt. al § 7 nota 1: il TABET, ivi cit., ricorre pure ai concetti di funzione economico-sociale e di contratto innominato. Per la classificazione e la disciplina del contratto in base alla sua funzione e non al *nomen juris* datogli dalle parti, v. anche *App. Bari,* 23 luglio 1947, in *Rep. Foro It.,* 1948, voce obbligaz. e contratti, n. 183-184.

E' questo un procedimento che seguono anche i giudici di *common law*, senza sentire il bisogno di costruire all'uopo un concetto di « causa » come funzione economico-sociale. Vedasi, ad es., il procedimento seguito per disciplinari il *trust receipt*: cfr. CALABI, *Anticipazioni su merci mediante il trust receipt, Riv. dir. comm.,* 1951, I, p .133 segg.

In una mia recente visita alle Corti di Londra ho sentito discutere dei casi analoghi a quelli testè menzionati, per distinguere la locazione o sublocazione dalla concessione a titolo di precario (*licence*) ai fini della custodia dei locali.

(10) Nella *common law* si arriva talvolta allo stesso risultato della nullità del contratto per la diversa via di un presupposto soggettivo comune a entrambi i contraenti: cfr. in proposito anche il mio articolo sull'oggetto del contratto nella *civil law,* pubblicato nella Rivista *Jus,* 1953, p. 289 segg.

(11) Anche qui, per mostrare come la concezione della funzione economico-sociale, o funzione tipica, si riferisca assai spesso ai problemi menzionati nel testo (problemi della classificazione normativa, del dissenso, della realizzazione dello scopo ecc.) le citazioni sembrano inutili, almeno per noi. Vi si includono anche i problemi dell'intento giuridico e di una ragione giustificativa della condanna del debitore. Come riferimento v. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario* ecc., in *Riv. dir. comm.,* 1936, I, p. 345 segg. specialmente pag. 367, 370, 371 e citazioni ivi. (Il Grassetti, come tutti gli altri autori, con-

Tutti questi problemi non hanno nulla a che vedere con il requisito di una utilità sociale del contratto o di una sua funzione sociale tipica o tipicità (nel senso di cui sopra *sub a*), affinchè esso possa meritare il riconoscimento giuridico. Tanto è vero che, di fronte a contratti del tutto atipici o rappresentanti interessi strettamente individuali, molti degli autori, che pur adoperano il concetto del tipo per risolvere quei problemi non negano il riconoscimento giuridico (12) (in questi casi atipici si presentano in realtà soltanto i proble-

---

sidera nel contempo la funzione economico-sociale nel senso recente di utilità sociale come ragione giustificativa del riconoscimento giuridico del contratto).

« Causa » diventa pertanto la funzione tipica che *individua* il contratto, *determina le norme* applicabili, *stabilisce la portata del dissenso* e *quella della mancata realizzazione dello scopo tipico o normale.* Motivi sarebbero tutti gli scopi delle parti che accedono a quella funzione tipica.

Cfr. anche l'espressione di PLANIOL, *Traité élém.* cit., II, n. 300 « *La cause est toujours la même pour le même type de contrat* ».

Per la giurisprudenza v. nota 9 nonchè il caso Stella cr. Gangemi riferito nel vol. II « Casistica ».

Per il concetto di funzione economico-sociale o di « funzione giuridico-economica » come « causa » distinta dai « motivi », v. le seguenti sentenze: Cass. 11 aprile 1951, in *Rep. Foro Ital.,* 1951, voce obbligaz. e contratti, n. 145; Cass. 8 marzo 1950, *Rep. Foro It.,* 1950, voce cit., n. 144; Cass. 15 gennaio 1947, *Rep. Foro It.,* 1947, voce cit., n. 105; e probabilmente anche Cass. 14 luglio 1948, *Rep. Foro It.,* 1948, voce cit., n. 140 (secondo la quale, la funzione economico-sociale sarebbe « l'ultimo scopo *obiettivo* delle parti socialmente apprezzabile »). La sentenza App. Napoli, 24 gennaio 1945, Bonaventura cr. Lotorto, *Rep. Foro It.,* 1943-1945, voce obbligaz. e contratti, n. 97, sembra accogliere (addirittura anche per l'alienazione) la teoria dell'utilità sociale. Ma, poichè non ci è stato possibile trovare che la massima di questa sentenza, non si può capire la reale questione pratica cui essa si riferiva. Ecco la massima: « Il privato può liberamente alienare un proprio diritto, ma la volontà privata diventa giuridicamente rilevante e può aver forza di legge, in quanto sia socialmente utile e cioè in quanto tenda a realizzare un interesse che l'ordinamento giuridico considera meritevole di tutela ». (Su questo potere della volontà di chi si vincola, v. sopra § 6 e in questo § 19 *sub b,* 4).

(12) Cfr. ad es., MESSINEO, *Teoria gen. del contratto,* III ediz., Milano 1948, p. 32 (II ediz. p. 29).

Così il VASSALLI, *Sommario di lezioni sulla teoria dei neg. giur.,* Roma, 1934, p. 61, ne scrive che manca la causa pei contratti innominati (nel senso moderno: art. 1322 nuovo cod. civ.), quando non sussista *il motivo* che ha de-

mi dell'esistenza di un intento di contrarre un vincolo giuridico e quelli della *causa suffisante, raisonnable,* o *juste;* v. § 1 e § 10-14 bis).

2°) Un altro equivoco ha operato nella formazione della teoria della funzione economico-sociale o della tipicità come ragione giustificativa del riconoscimento giuridico del contratto. Abbiamo avuto occasione di vedere varie volte che la tipicità, intesa in un certo senso, ha una grande importanza nella soluzione dei problemi della *cause suffisante* (ad escluder l'idea e la forma della donazione) e dei problemi della *cause raisonnable o juste* (per la determinazione dell'intento di contrarre un vincolo giuridico o in vista di una ragione di giustizia per la condanna del promittente): v. sopra § 1, nota 2, e § 10 a 14 bis e 16-17. Si tratta della tipicità riferita, ora alla prestazione come corrispettivo avente carattere tipicamente economico (o come oggetto tipico di uno scambio economico di beni e servizi: v. sopra § 10, nota 2); ora all'affare come affare tipicamente o normalmente giuridico (v. sopra § 11 e 14, specie *sub d*). Ma abbiamo anche avuto occasione di vedere che questa importanza della tipicità, così intesa, non ha nulla a che vedere con il requisito che il contratto, per essere tipico, sia meritevole della tutela giuridica: v. in particolare sopra § 10 *sub b* e § 11 nota 22 e § 14.

A seguito delle ragioni che ispirano i requisiti della *cause suffisante* e di quella *raisonnable* o *juste* (ragioni consistenti nella protezione del promittente e della sua famiglia e nell'esigenza di certezza sull'intento giuridico) è nata una certa diffidenza della *civil law* verso i contratti atipici nel senso illustrato nei §§ testè citati e verso quelli a titolo gratuito. Questa diffidenza ha portato a richiedere talvolta la forma della donazione, tal'altra una ragione giustificativa, o di bilancia degli interessi, per la condanna del promittente: v. §§ succitati.

Ora, ed ecco il punto, la moderna teoria della funzione economico-sociale o della tipicità (come espressione dell'utilità sociale) si

terminato il consenso delle parti; e, pei contratti nominati, quando è esclusa la funzione, in vista della quale la legge li ha ordinati. Con ciò è chiaro che ogni contratto, anche atipico o diretto a realizzare interessi strettamente individuali, è giuridicamente riconosciuto. La « causa », in realtà, è concepita dal Vassalli in relazione ai problemi indicati nella nota precedente.

è mossa sul terreno di una certa realtà, sul terreno, cioè, della cennata diffidenza della *civil law* per i contratti atipici e a titolo gratuito, diffidenza che sta *in relazione ai requisiti* della *cause suffisante* e di quella *raisonnable* o *juste*. Ma, possedendo questo elemento di vero, essa lo ha travisato ed ha trasformato la diffidenza della *civil law* pei contratti atipici e gratuiti, *nata in relazione a quei problemi o requisiti,* in una diffidenza o avversione per i contratti atipici *in quanto mancanti di una funzione o utilità sociale,* in quanto, cioè, « socialmente futili o improduttivi ». E si assiste così allo sforzo, piuttosto vano, di assorbire i requisiti della *cause suffisante, raisonnable* o *juste,* e i problemi ad essa inerenti, nella concezione della funzione economico-sociale (13).

3°) Un altro equivoco della teoria in esame concerne il requisito dell'interesse del creditore alla prestazione. Anche questo requisito, che in tutta la storia della *civil law* e anche oggi risponde a problemi diversi da quello posto dalla suddetta teoria, è stato da questa travisato e trasformato in un requisito di dignità o titolo del contratto al riconoscimento giuridico (v. sopra § 14 bis e *infra* § 20). Si è detto, cioè, che il promissario, per poter ottenere la sanzione della promessa, deve avervi un interesse meritevole di tutela dal punto di vista sociale. Ora in questa proposizione sta la vera essenza della concezione della funzione sociale del contratto, poichè questa, come

(13) V. sopra § 11, nota 22 per la *causa praeterita* e autori ivi cit. Quanto alla *cause suffisante* come corrispettivo nelle obbligazioni di dare, v. sopra § 10, nota 7 e BETTI, *Neg. giur. cit.*, pag. 125, ove quest'autore, a proposito della funzione economico-sociale, ne dice essere *giusto* che il proprietario di una cosa ne resti spogliato, se egli riceve un compenso, paga un debito o dona (aggiungiamo, con la *forma* dell'atto di donazione). Questo criterio di *giustizia* evidentemente riguarda i problemi trattati sopra ai § 10-13 e in questo § 19 *sub a*, come esigenza di giustizia in un affare *privato,* e non l'utilità sociale del contratto.

Quanto alla tipicità sociale come criterio per l'accertamento dell'intento di contrarre un vincolo giuridico, v. § 1 in fine, § 14 specie *sub d* note 9-14 e 30 sulla diversità di trattamento fra deposito di cortesia e trasporto di cortesia (v. specialmente FORCHIELLI, *cit.* al § 14 nota 14). Come si detto in quei luoghi, anche questo problema è stato assorbito in quello della funzione economico-sociale.

titolo alla tutela giuridica, non riguarda la causa per cui il promittente si è obbligato, ma l'interesse che il promissario fa valere quando ne chiede in giudizio la sanzione. Nel sanzionare il contratto, il diritto realizza o tutela la volontà o l'interesse del creditore, e non quella o quello del debitore (v. sopra § 6). Perciò, in fondo, il requisito della funzione sociale meritevole di tutela giuridica si risolve in quello di un interesse del creditore meritevole di questa tutela. Rinviamo al § 20.

4°) Quanto si è testè detto ci permette di segnalare un altro equivoco, che molto probabilmente ha operato nella formazione della teoria in esame; e cioè l'equivoco insito nel concetto di autonomia privata, come potere di obligarsi appartenente alla volontà del promittente (v. sopra § 6). Data questa concezione dell'autonomia, e non volendosi ammettere un potere sconfinato della volontà di creare effetti giuridici, si è ritenuto che questo potere non deve essere riconosciuto alla persona per scopi futili. Qui, anzichè considerare la posizione o interesse del promissario, si considera quella del promittente. Per la critica v. sopra § 6. In realtà, come si è visto nei §§ 8 a 17, le limitazioni a questo preteso potere delle volontà sono poste nell'interesse del promittente e non in vista di una funzione sociale del contratto. L'equivoco si sarebbe forse evitato, se si fosse considerato che ciò che si limitava o si colpiva non era il potere della volontà di obbligarsi (o la volontà dei contraenti « organizzata » nel contratto come unità organica: v. § 6), ma l'aspettativa o l'affidamento del creditore.

5°) Infine la teoria in esame non ha mancato di essere influenzata dal concetto generale di negozio giuridico, cioè dalla nostra deprecabile tendenza alle generalizzazioni e alle astrazioni. Invero, in quel concetto generale vengono accomunati, insieme al contratto, altri negozi giuridici, come certe disposizioni di ultima volontà, le fondazioni e le costituzioni di persone giuridiche, le costituzioni di servitù o di vincoli alla proprietà, l'adozione, ecc. (14); tutti negozi che

(14) Così, a dimostrare il fondamento del preteso requisito di una funzione socialmente utile o produttiva del negozio in generale (ivi compreso il

obbediscono a esigenze e a principi diversi da quelli dei contratti obbligatori. Per simili negozi può *talvolta* essere esatto richiedere una funzione o utilità sociale o ricollegare ad una funzione tipica ed esclusiva il riconoscimento giuridico della volontà privata.

In particolare, circa i vincoli alla proprietà, è noto che essi costituiscono un *numerus clausus,* riconoscendosi soltanto certi *tipi* per la funzione o utilità economico-sociale che essi presentano. E, quanto alle servitù, che non hanno carattere di tipi fissi, si ammettono soltanto quelle che rappresentano un'utilità, ivi compresa l'amenità, per il fondo dominante, più che per il suo proprietario come individuo: utilità, quindi, avente un certo carattere oggettivo e che rende così la servitù suscettibile di essere elevata a tipo: su questa suscettibilità v. sopra *sub a.* Ma è altrettanto noto che queste limitazioni non si applicano ai contratti obbligatori in genere (quanto a certi contratti

---

contratto), si è addotto l'esempio di « un testamento, con cui alcuno destini le proprie sostanze a scopi non illeciti, ma socialmente futili o improduttivi (mantenimento di animali, celebrazione di ricorrenze, costruzioni eccessivamente dispendiose di monumenti sepolcrali) »: Betti, *Neg. giur.* cit., pag. 246-247. Per analoghi esempi nella storia del nostro diritto v. sopra nota 8 bis.

Non è chiaro se con questi esempi si intenda alludere ad una istituzione di erede o ad un legato *cum onere,* ovvero ad una fondazione o *quid simile.* Nel primo caso, probabilmente, è questione di limiti e possono entrare in gioco la protezione della famiglia o anche del beneficato, se l'onere va al di là del *quid* lasciato. Nel secondo caso, entra in gioco il principio per cui una persona giuridica non può essere riconosciuta se non a date condizioni, fra cui appunto l'utilità sociale, che in genere viene valutata dalla pubblica amministrazione con potere discrezionale. Ma tutti questi principi o aspetti del problema non concernono quello di un contratto obbligatorio: per es., il contratto per cui uno si obbliga a pagare una somma per il mantenimento di un canarino, la celebrazione di certe ricorrenze, la costruzione di un monumento sepolcrale anche eccessivamente dispendioso: v. su ciò *infra sub d* in fine e § 20 *sub a.* Gli è che nel contratto vi sono esigenze diverse da quelle di altri negozi giuridici, fra cui il rispetto della parola data o la tutela dell'affidamento dell'altro contraente, mentre il contratto come rapporto obbligatorio tra due persone non implica le preoccupazioni che possono implicare il testamento, la destinazione di beni ad uno scopo, la fondazione ecc. Questa confusione tra causa utile, ragionevole, giusta ecc. nei testamenti e nei contratti si ritrova anche presso gli autori francesi: v. Demogue, *Traité des obligations* cit., II, n. 743 segg., specie n. 770, 771.

diretti a vincolare l'attività economica individuale o i poteri del proprietario, vigono, se mai, altri principi: v. *infra sub c*). In tema di contratti obbligatori in genere vigono i principi del valore della parola data e della tutela dell'affidamento dell'altro contraente, combinati con l'esigenza della certezza dell'intento giuridico e con quella della protezione del promittente e della sua famiglia o di una certa ragione di *giustizia* nel conflitto fra interessi *privati* (v. sopra §§ 8 a 17).

Questi principi propri dei contratti sono ovviamente diversi da quelli che reggono gli altri atti suaccennati (disp. di ultima volontà, fondazioni, vincoli alla proprietà, servitù, adozione, ecc.). Sicchè argomentare da questi a quelli, sulla base della vasta e generica categoria del « negozio giuridico » è, per non dire altro, un procedimento di indebita generalizzazione.

c) *Gli esempi e le applicazioni pratiche della teoria in esame. - Loro riducibilità a casi di contratti socialmente dannosi (illeciti). Il requisito di una certa utilità del contratto in determinati contratti tendenti a vincolare l'attività economica individuale, la proprietà e la libera circolazione dei beni, contratti che sarebbero altrimenti socialmente dannosi (illeciti) e non semplicemente socialmente futili o giuridicamente indifferenti.*

Se ora si passa alla reale portata pratica di questa teoria, alla stregua degli esempi e delle applicazioni fattene dai suoi autori e dai redattori del nostro codice, si vede come la teoria si svuoti di ogni contenuto pratico (il solo che ci interessi). Tali esempi o applicazioni contengono una nuova serie di equivoci e sono da spiegarsi senza alcun bisogno di ricorrere al preteso requisito della funzione economico-sociale.

Invero:

— da un lato, il requisito di un interesse creditorio meritevole di tutela (in che dovrebbe propriamente consistere la teoria in esame) si riduce a quello di una clausola penale, quando l'interesse alla prestazione non sia valutabile in danaro (v. § 20 *sub a*).

— dall'altro, gli esempi offerti di contratti nulli per difetto di funzione o utilità sociale si riducono a casi di contratti *socialmente dannosi* e perciò illeciti o proibiti dalla legge (concetto di « socialmente dannoso » che è ben diverso da quello di un contratto socialmente futile o inutile). Sicchè il concetto positivo di contratto « socialmente utile o produttivo » si riduce a quello *negativo* di contratto « non socialmente dannoso o illecito » (15).

Ecco gli esempi offerti:

1°) Accordi fra i produttori o gli industriali aventi per oggetto di alterare le condizioni del mercato o di monopolizzarlo (16). E' chiaro che questi accordi sono nulli, non perchè socialmente futili o improduttivi e giuridicamente indifferenti, ma perchè socialmente dannosi e illeciti, in quanto contrari a ben noti principi di ordine pubblico concernenti il nostro sistema economico (naturalmente l'illiceità non deve essere intesa nel senso limitato di immoralità) (16 bis).

---

(15) Per questa riduzione del concetto di « socialmente inutile » a quello di « illecito » e di « socialmente dannoso », cfr. ad es. DEMOGUE, *op. cit.*, II, n. 746 e 773 segg. Significativo il suo principio che mediante una clausola penale si può rendere valida qualunque promessa, purchè l'affare cui essa si riferisce sia lecito (*op. cit.*, II, n. 765).

Altrettanto significativo l'esempio, che egli dà, della promessa di due coacquirenti di una riserva di caccia, che si obbligano a non distruggere la selvaggina, anche quella dannosa all'agricoltura: promessa valida, secondo l'autore (*op. cit.*, II, n. 783). Come distinguere questo caso da quello di chi promette una somma per la conservazione di certi animaletti cari al promittente, ma nello stesso tempo socialmente inutili? Si potrebbe far salva soltanto l'ipotesi, in cui questi animaletti siano dannosi o in cui una legge ne ordini la distruzione (lotta contro le mosche, i topi, il grillo-talpa, ecc.). Ma allora si può versare nel campo del socialmente dannoso o dell'illecito (contra legem).

(16) BETTI, *Neg. giur.* cit., pag. 246-247.

(16 bis) Per la illiceità, in linea di principio, di questi patti, salvo il caso in cui siano diretti ad evitare una concorrenza « inutile e rovinosa », senza

2°) « Contratti mediante i quali alcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da una attività produttiva... senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte » (17).

Se con ciò si vuol alludere ai patti di non concorrenza, questi in linea di principio sono nulli, in quanto illeciti, benchè l'interesse di non avere un concorrente sia tutt'altro che vanità o capriccio. Essi sono validi soltanto sotto particolari limitazioni di tempo, di spazio e di oggetto e, talvolta, alla condizione di uno speciale interesse del promissario (18).

A fortiori sono in linea di principio nulli i patti tendenti a porre vincoli all'attività economica o « *produttiva* » di una persona, quando non siano determinati dallo scopo di non avere un concorrente (ad esempio, patti che pongono l'obbligazione di non fare o fare il medico, l'ingegnere ecc. senza quello scopo) (19). Non soltanto, ma sono nulli anche i patti tendenti in genere a porre certi vincoli all'attività personale, *anche non economica*, cioè all'esplicazione della personalità umana: per esempio, il vincolo di assumere o non assumere gli ordini sacri, di fare o non fare il pittore anche per diletto o amore dell'arte, di non risiedere in un certo luogo ecc. (20).

---

alcun pregiudizio pei consumatori: cfr. App. Bari, 28 aprile 1930, Schito c. Schito, in *Rep. Foro It.*, 1930, voce obbligaz. e contratti, n. 107-113.

(17) Così la succitata Relazione del Guardasigilli sull'art. 1322 nuovo cod. civ., n. 603; v. anche BETTI, *op. e loc. cit.*; DEMOGUE, *op. cit.*, II, n. 827 e 830.

(18) V. ad es. art. 2125, 2557, 2596 cod. civ. it. Ma si tratta di un principio accolto da tutti gli ordinamenti giuridici moderni, ivi compresa la *common law*.

(19) A *fortiori* sono nulli i patti che tendono a vincolare tutta l'attività della persona: v. art. 1628 cod. civ. it. e 1787 cod. civ. francese. Cfr. App. Torino, 19 gennaio 1929, Barbero c. Negri, *Mon. Trib.*, 1929, 407.

(20) Diverso è il caso in cui questi contegni non sono posti *in obligatione*, ma soltanto come condizione di una promessa di compenso o di una donazione. Tuttavia, anche in questi casi, in quanto vi è in essi una pressione indiretta, la giurisprudenza tende talvolta a vedere un contratto illecito.

Se quei contegni sono posti in *obligatione*, non si considera qui la difficoltà di stabilire una sanzione pel caso di inadempimento, sanzione che po-

Questo concetto di esplicazione della personalità, dei relativi vincoli e della loro liceità o illiceità è assai delicato. In fondo ogni obbligazione, anche quella di pagare una somma, di fare un quadro, di fare o non fare un contratto, implica, più o meno indirettamente, un vincolo all'attività personale. Ma qui si intende ovviamente parlare di quei patti tendenti a porre direttamente certi vincoli (stabili) all'esplicazione della personalità: concetto elastico che risulta dal costume e da quello di illiceità del limite (21). Così imporre l'obbligazione di astenersi dal fumare, dal giocare a carte anche disinteressato, dal praticare certi sports, dalla caccia ecc., non viene normalmente considerato come una limitazione illecita all'esplicazione della personalità (sorgerà soltanto il problema di una possibile sanzione: vedi §§ 20 e 21).

3) « Contratti mediante i quali alcuno consenta, dietro compenso, all'esplicazione sterile della propria attività personale... senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte » (22).

Non è chiaro che cosa si intenda per « esplicazione sterile dell'attività personale ». Mantenere un canarino, fare ad altri un saluto mattinale, fare una partita a golf, o di caccia, una gita, assistere ad un banchetto o ad una festa ecc., non sono *per sè* esplicazioni sterili dell'attività personale; *a fortiori,* se si riceve un compenso (il problema sarà soltanto quello di determinare la sanzione per simili obbligazioni: v. § 14 *sub b* e § 20 e 21). Lo diventeranno o, meglio, diventeranno illecite imposizioni di vincoli a quell'attività, in quanto per l'estensione, la durata, o per il modo con cui impegnano la persona, si risolvano in vingoli stabili all'attività personale, specie

---

trebbe consistere in una clausola penale o nelle francesi *astreintes,* o nel risarcimento del danno morale (v. § 20-21). Anche se sono in astratto possibili queste sanzioni, l'obbligazione di tenere quei contegni è nulla.

(21) Ad es., i limiti di non vendere carne se non *cashir,* di non esporre quadri che a certe esposizioni, probabilmente non rappresentano uno di questi limiti: v. i casi Société Cultuelle c. Barouk Bittoum e Medici del Vascello nel vol. II, Casistica.

(22) Per le citazioni, v. nota 17.

economica, nel senso testè accennato *sub* 2°. Per esempio, se si imponesse praticamente di non fare nulla, di stare alla finestra tutto il giorno, di dedicare tutta la vita o gran parte di essa al divertimento, ai banchetti ecc.

4) « Contratti mediante i quali alcuno consenta, dietro compenso, ad una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua disposizione, senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte » (23). Si tratta, a quanto pare, delle promesse di non alienare (24), di non gestire (lasciare incolto o non sfruttato) un bene, di distruggere o non distruggere un edificio, un'opera e simili. Anche questi patti sono in linea generale nulli, perchè illeciti (25), in quanto urtano contro un principio analogo a quello testè menzionato *sub* 2°: principio ben noto che è rappresentato dall'interesse che ha la società alla libera disposizione dei beni, alla libertà dell'attività del

---

(23) Per le citazioni, v. nota 17. Cfr. anche DEMOGUE, *op. cit.*, II, n. 827 e 830, il quale porta l'esempio della promessa di non distruggere un bene ritenuta nulla dalla giurisprudenza francese.

(24) L'art. 1379 cod. civ. it., contrariamente a quanto è scritto nella citata Relazione del Guardasigilli sull'art. 1322 n. 603, sembra ritenere sufficiente, per la validità del patto di non alienazione (limitato nel tempo), lo « apprezzabile interesse di *una delle parti* », quindi anche il solo interesse (di chi assume il vincolo) di ricevere un corrispettivo adeguato, benchè « futile » sia l'interesse del promissario.

Il patto di non alienazione può stipularsi anche senza corrispettivo, quando sia inserito, ad es., in un contratto di vendita di autoveicoli e simili; sorgerà allora la questione dell'interesse del promissario: v. il caso Fiat c. Carrain nel vol. II, Casistica; v. anche nota 27.

(25) Non sembra si possa dire col BETTI (*Neg. giur.* cit., pag. 246-247) che il negozio non è illecito, ma soltanto socialmente « futile » perchè sarebbe lecita « *in sè* » ogni diminuzione di un bene disponibile, che avvenga dietro compenso e col consenso dell'interessato. Invero, per giudicare dell'illiceità in questi casi, non si guarda alla disposizione « in sè » di quel bene nè al prometterla. Siamo d'accordo che l'astenersi dall'alienare, dal disporre, il demolire il bene ecc., non sono fatti illeciti, e chi li promette o spontaneamente li compie non commette nulla di illecito (a differenza di chi uccide o promette un omicidio). Illecito o contra legem non è quel fatto o la sua promessa, ma l'imporre il vincolo, il vincolare o l'obbligare qualcuno a osservarlo; e perciò la legge non presta la sanzione contro l'inosservanza (v. anche *infra sub d*).

proprietario come persona (sull'equivoca origine storica di questo principio v. anche Richeri, cit. al § 20 nota 5). Non soltanto è nullo l'atto di disposizione, tendente a costituire vincoli reali sulla proprietà al di fuori del *numerus clausus* o delle condizioni imposte dalla legge per le servitù (vedi sopra *sub b*, 5°), ma è nulla in linea di principio anche l'obbligazione personale del proprietario.

Dunque: tutti i patti tendenti ad imporre i vincoli di cui sopra *sub* 2°, 3° e 4° son nulli perchè illeciti. Invero, non si vede perchè chi riceve un compenso per compiere certe attività *lecite*, o astenersi dal compierle, possa rifiutarsi di tenere questi contegni leciti, *convenuti in cambio* del compenso, se non perchè rispetto ai contegni stessi l'imporre un vincolo è illecito o *contra legem*.

Soltanto in alcuni casi il patto può diventare valido, quando ricorra un particolare *interesse* del promissario.

Ed ecco appunto un altro equivoco della teoria della funzione economico-sociale. Siccome le imposizioni pattizie dei vincoli menzionati *sub* 2°, 3° e 4° sono in linea di principio nulle perchè socialmente *dannose* o *contra legem* (e non semplicemente perchè socialmente futili), la legge talvolta ammette che simili imposizioni possano diventare valide, quando vi sia una particolare utilità, valutata da un punto di vista oggettivo e non da quello strettamente soggettivo (cosidetto capriccio o vanità) (26). Questa utilità viene a *bilanciare* il pregiudizio, che la società subirebbe dando esecuzione a quelle promesse, e rende valide delle imposizioni di vincoli che *altrimenti* sarebbero nulle perchè illecite.

L'utilità può anche non costituire direttamente un'utilità sociale; può limitarsi ad un interesse socialmente plausibile o normale del promissario (27), tenuto conto del rapporto di proporzione con

(26) E' questo un procedimento analogo a quello per cui la legge riconosce le servitù, salvo che nei casi in esame si tratta dell'utilità per l'individuo (anzichè per il fondo), utilità che forse viene valutata più largamente. Ma nei casi di certi vincoli all'esplicazione della personalità morale (sacerdozio ecc.), neppure un interesse rilevante del promissario varrebbe a renderli validi.

(27) Utilità socialmente apprezzabile o plausibile non significa utilità sociale, ma utilità o interesse individuale di carattere normale o oggettivo, rico-

il danno derivante alla società dal vincolo imposto al promittente. Il pregiudizio sociale, derivante dal limite posto alla libera attività personale dell'una parte, resta controbilanciato dall'utilità, socialmente plausibile o di carattere oggettivo, tratta dall'altra parte (28). Questa utilità individuale si risolve in un utile sociale soltanto nel senso che la società ha interesse alla realizzazione degli scopi di ogni individuo. In casi più gravi di vincoli dannosi alla società, si potrà anche richiedere una diretta utilità sociale, che neutralizzi il danno grave.

Ma questa utilità speciale (pel promissario) di carattere oggetti-

---

nosciuto cioè dalla coscienza sociale. V. ad es., il caso Fiat c. Carrain nel vol. II, Casistica.

Non basta l'utilità per il promittente, chè questa sarebbe già insita nel fatto che egli riceve un compenso per l'assunzione del vincolo. Tuttavia, pei casi dei vincoli di inalienabilità, di non concorrenza e simili, il compenso adeguato ricevuto dal promittente può essere rilevante (v. sopra note 18 e 24) insieme con le limitazioni di tempo e di luogo.

Per il patto di inalienabilità inserito in una donazione, patto in linea di principio *contra legem*, ma valido in quanto « limitato nel tempo e giustificato da un *serio* interesse » (nel caso, l'interesse di garantire la collazione eventualmente dovuta ad altri eredi): v. Trib. Caltanissetta, 26 maggio 1947, Romano c. Accardi, *Rep. Foro It.*, 1948, voce donazione, n. 30. Cfr. anche Cass. 4 agosto 1936, Fernandez c. Avitable, *Giur. It.*, 1936, 1012: v. vol. II, « Casistica ».

D'altro lato, se chi assume uno dei vari vincoli sopra menzionati ha ricevuto un compenso molto forte, non sembra giusto che egli possa sottrarsi alla promessa, specialmente se il vincolo è limitato nel tempo, nello spazio, o nell'oggetto.

Quanto all'interesse del promissario, il vedere se si tratti di un interesse strettamente individuale (cosidetto capriccio o vanità) si risolve in molti casi nel vedere se sussista un danno patrimoniale per inosservanza del vincolo: la sussistenza di questo danno mostra che non vi è vanità o capriccio, chè questi rientrano in genere nei cosidetti interessi e correlativi danni non patrimoniali. Soltanto se il promissario chiede come sanzione, anzichè il risarcimento del danno patrimoniale, l'esecuzione in forma specifica (ad es. la distruzione dell'opera), le *astreints* francesi, il risarcimento del cosidetto danno morale (ove è ammesso), o se vi è una clausola penale, soltanto allora sorgerà direttamente il problema di un interesse del promissario « socialmente apprezzabile » nel senso di cui nel testo. V. anche sotto altro aspetto, § 20 note 9 e 12.

(28) Sulle differenze fra questo requisito dell'interesse del creditore e il requisito posto per certi contratti a titolo gratuito, v. *infra* § 20 in fine.

vo o sociale non è un requisito per la sanzionabilità di tutti i contratti o patti, sibbene soltanto di quelli (*o di alcuni di quelli*) *tendenti a porre i vincoli suddetti alla libera attività della persona o del proprietario*; patti che, senza quell'utilità controbilanciante, sarebbero altrimenti nulli perchè illeciti o *contra legem.*

Anche qui la teoria della funzione economico-sociale ha operato una indebita generalizzazione, estendendo a tutti i contratti quello che era un requisito di alcuni soltanto di essi.

Per concludere: il concetto di contratto illecito, o di contratto in linea di principio illecito, e permesso soltanto a certe condizioni, era più che sufficiente a spiegare tutti i casi summenzionati, senza bisogno di ricorrere ad una teoria o requisito generale della funzione economico-sociale.

Altri sistemi giuridici, come la *common law*, che non conoscono questa teoria, sono arrivati alle stesse soluzioni, ed anzi ad un trattamento ancor più severo dei contratti « in restraint of trade » (v. volume II « Casistica »).

E tutti i principi relativi alla nullità dei patti in esame vennero sviluppati nel secolo XIX sulla base del concetto di negozio illecito, proprio da quel secolo che non si preoccupava di una teoria della funzione o utilità sociale del contratto (29).

Del resto, qualcuno degli stessi autori della teoria della funzione economico-sociale, forse per timore di intaccare la base stessa dell'istituto moderno del contratto (v. sopra *sub a*), e non trovando applicazioni concrete della teoria che escano dall'ambito dell'illiceità, finisce in una fisiocratica professione di fede nell'armonia fra interessi dei contraenti e interesse generale (30).

---

(29) Se mai, è stato il cosidetto dirigismo dei nostri tempi, che, col suo scopo di « utilità sociale », ha reso valide alcune di quelle restrizioni alla libera attività economica, prima considerate nulle.

(30) Così il Demogue, *op. cit.*, I, n. 13, v. anche II, n. 743, che ne scrive: « *L'on estime que par une certaine concordance qui existe entre les intérêts privés se satisfaisant dans certaines limites, et l'intérêt général, le particulier qui songe à faire ses affaires et d'ordinaire ne songe qu'à lui, collaborera en même temps à des intérêts collectifs* ».

Ciò posto, posto cioè che, secondo le stesse applicazioni della teoria, tutto si riduce al concetto di illiceità o di certi contratti illeciti ma eccezionalmente ammessi, l'interprete non è vincolato dal testo del surriferito articolo 1322 c. civ. ital., se non come da una costruzione dottrinale che abbraccia, sotto nome diverso (31), dei casi di illiceità o di imposizioni di vincoli in principio illecite e eccezionalmente permesse a condizione di un certo interesse qualificato del promissario (32).

d) *Unità della causa* (*come funzione giustificativa del riconoscimento giuridico del contratto*) *secondo la teoria in esame.*

E' questa, se non erriamo, un'altra critica che si può fare alla teoria della funzione sociale. Essa, cioè, considerando come « causa » o ragione giustificativa del riconoscimento giuridico la pretesa funzione sociale del contratto (concepito in modo unitario, come tipo di affare), è stata tratta, quasi necessariamente, a concepire e trattare in modo unitario la detta « causa ». In altri termini, il difetto di questa funzione o causa investirebbe l'intero contratto, cioè le promesse di entrambe le parti, promesse che resterebbero tutte e due senza sanzione come « giuridicamente indifferenti ». Così, negli esempi fatti *sub c,* 2°, 3° e 4°, non soltanto resterebbe senza sanzione la promessa di osservare certi vincoli all'attività della persona o del proprietario, ma resterebbe del pari non sanzionata la promessa di un corrispettivo (33). Tutto il contratto, insomma, non sarebbe giuridicamente

(31) Cioè sotto l'espressione dell'art. 1322 cod. civ. it.: « Contratti tendenti a realizzare interessi meritevoli della tutela giuridica ».

(32) Così il Messineo, *Dottrina gen. del contratto,* cit., II ediz., pag. 13, riduce l'ambito dell'art. 1322 ai contratti illeciti, impossibili o in frode alla legge.

(33) Come si è già rilevato (v. sopra *sub b,* 3° e *sub c,* e *infra* § 20 *sub a*), questa concezione unitaria ha alla sua radice uno scambio fra la funzione del contratto e il requisito di un interesse qualificato del destinatario della promessa di osservare quei vincoli (interesse creditorio). Essendosi elevato quell'interesse creditorio a funzione dell'intero contratto, esso appare come la causa (unitaria) anche per l'altro contraente che, a sua volta, si è fatto promettere in cambio un corrispettivo; o, comunque, una simile causa unitaria investe anche la posizione di costui.

Così nella citata Relazione del Guardasigilli all'art. 1322, n. 603, e in Betti, *Neg. giur.* cit., pag. 246, si adduce come esempio il caso di chi « consente dietro compenso all'astensione di una attività produttiva ecc... » senza

sanzionato, in quanto « diretto a realizzare un interesse non meritevole di tutela giuridica ».

Questa concezione unitaria non sembra esatta (34).

Chi si è fatto promettere da altri di non fare concorrenza, di osservare *certi* vincoli alla sua attività di persona o di proprietario, di non alienare o di demolire un edificio ecc. (v. *sub c.*), non potrà aspirare alla sanzione di questa promessa (salvo ricorra un interesse creditorio qualificato dai caratteri di cui sopra *sub c*). Ma chi, avendo promesso quei contegni, si è fatto promettere in cambio un corrispettivo, potrà ottenerlo giudizialmente, qualora abbia in fatto osservato quei vincoli pel periodo stabilito, abbia demolito l'edificio ecc. (35). Nè si vede perchè nol potrebbe. Egli ha compiuto il sacrificio richiesto (che per sè non è un fatto o atto illecito) e deve essere pagato (36). Che egli abbia demolito l'edificio per soddisfare un capriccio della controparte, o per altro capriccio di questa siasi astenuto da ogni commercio o professione per lungo tempo, non ha alcun rilievo sul suo diritto al compenso: in tale demolizione o astensione non vi è nulla di illecito. Del resto, egli potrebbe impiegare il compenso nella costruzione di altro edificio o in altre attività, anche se non di carattere economico. Se si arrivasse ad un controllo anche su quest'ultimo punto, tutto il principio del contratto ne andrebbe distrutto.

Ciò che la legge vuole è soltanto che non si possa *obbligare,* cioè for-

---

una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte » o « per creargli una ingiustificata posizione favorevole nella concorrenza ». Laddove è evidente che costui promette per ottenere il compenso e soltanto per questo; mentre gli scopi di vanità, capriccio e simili, sono propri soltanto della controparte, cioè del suo interesse creditorio.

(34) Probabilmente anche su questa concezione unitaria ha influito la concezione romana del *negotium* o affare tipico nel suo complesso, come base di un sistema di azioni (v. sopra *sub b*). Vi ha influito probabilmente anche la concezione della funzione tipica propria dei particolari problemi di cui sopra *sub b* nota 11.

La soluzione da noi adottata infra nel testo corrisponde, in certo limitato senso, a quella classica francese della causa come scopo di *ciascuno* dei contraenti.

(35) Forse potrebbe ottenere il corrispettivo anche quando, pur senza avere eseguito, egli offra garanzie sufficienti per l'esecuzione della promessa, se ciò fosse possibile in qualche caso concreto.

(36) In fondo, è questa la situazione propria di tutti i casi in cui una delle prestazioni o contegni promessi non può essere oggetto di una valida promessa. V. il caso Carrari c. Masiero nel vol. II, Casistica.

zare con delle sanzioni, chi ha promesso di tenere quei contegni o di osservare quei vincoli. E pertanto *a fortiori* è valido anche il contratto, per cui l'uno promette una somma, *se* l'altro terrà quei contegni o osserverà quei vincoli (senza una contropromessa di fare ciò). Nel primo caso — contropromessa del contegno o vincolo — chi ha promesso il compenso potrà revocare la sua promessa, finchè il contegno (la *res!*) non si sia in fatto verificato; e ciò in quanto la contropromessa o obbligazione di questo è nulla. Nel secondo caso, ove il contegno è soltanto « *in condicione* », egli non potrà revocare la promessa di compenso, ma dovrà attendere il tempo utile o ragionevole per il compimento del fatto o *res* (v. a differenza la *common law, infra* § 29).

Ma la teoria della funzione economico sociale, in base alla cennata concezione unitaria di questa funzione come causa del contratto, deve arrivare in quei casi alla nullità anche della promessa di un compenso, perchè il contratto *in toto* sarebbe « diretto a realizzare un interesse non meritevole di tutela giuridica ».

Ma non è tutto qui. La teoria in esame, spinta dalla sua antipatia per gli interessi « futili » (*rectius,* strettamente soggettivi), è stata trascinata, sembra, a confondere e trattare nello stesso modo l'interesse « futile » del promissario, o interesse creditorio, e l'interesse « futile » del promittente, cioè la « causa » (*but*) per cui questi si obbliga. Così chi promette una somma o dei beni per il mantenimento di un canarino, per il saluto mattinale, per la partecipazione ad una partita disinteressata a carte, ad un banchetto ecc., non potrebbe essere giudizialmente costretto a pagare, perchè ha promesso per uno scopo « futile ».

Senonchè, promettere per un interesse o scopo « futile » (del promittente) e farsi promettere per un interesse o scopo « futile » (del promissario) sono due posizioni diverse che vanno trattate diversamente. I problemi che sorgono nella prima sono quelli di che sopra ai § 10-14. Quelli della seconda sono i problemi menzionati sopra *sub c* e *infra* ai § 20-21. In questo secondo caso la vanità, futilità, capricciosità o carattere non economico o atipico dell'interesse del promissario può determinare la illiceità dell'imposizione di *certi* vincoli nei casi di che sopra *sub c;* oppure può determinare la necessità di una clausola penale o la sua riducibilità, nei casi di che ai § 20-21; o ancora, può determinare la mancanza di una *cause juste* per le promesse a titolo gratuito, specie atipiche, nella bilancia di giustizia fra interessi *privati* in conflitto (v. § 20-21).

Nel primo caso, la vanità, futilità, capricciosità o il carattere non economico o atipico dell'interesse del promittente, fa sorgere i problemi della *cause suffisante, raisonnable et juste* circa il requisito della forma della

donazione, circa l'esistenza dell'intento di contrarre un vincolo giuridico o, anche, talvolta circa la cennata esigenza di giustizia nella bilancia tra interessi *privati* in conflitto (v. § 8-14). Ma la promessa non è necessariamente nulla per il solo fatto che lo scopo o interesse del promittente è futile, vano, capriccioso ecc. La giurisprudenza francese ha avuto occasione di affermare la validità di simili promesse fatto per uno scopo di « *vanité ou caprice* », perfino senza richiedere la forma della donazione (v. vol. II « Casistica », specie i casi Bardet e Abbé Bresson).

Conviene notare, inoltre, che il ricorso allo schema formale della donazione, con la presunzione o finzione di un *animus donandi,* per sanzionare una promessa atipica, è anche conforme alla tradizione della *civil law* (v. autori di diritto comune: v. § 5 e 10). Valida sarebbe poi, anche fra le parti (almeno nel diritto francese ove la cambiale elimina l'esigenza dalla forma di una donazione: v. § 38 *sub d*), una cambiale avente una di quelle cause atipiche o « futili ».

Secondo la teoria della funzione economico-sociale, invece, neppure una promessa di danaro rivestita delle forme della donazione con l'onere di mantenere il canarino, fare il saluto mattinale, partecipare ad un banchetto, ecc., sarebbe valida, quando risulti che lo scopo principale o esclusivo della promessa era quello di ottenere quelle prestazioni (indagine che non credo sia permessa e che sarebbe, comunque, assai difficile!). Nè sarebbe valida una cambiale nei casi suddetti.

e) *Note critiche di carattere ideologico.*

Abbiamo fin qui cercato di esporre quello che ci sembra lo stato, anche attuale, del sistema contrattuale di *civil law* (v. sopra *sub c*), senza entrare in giudizi di valore o *lato sensu* politici del sistema stesso. Ma, poichè in realtà la teoria della funzione economico-sociale si ispira a simili giudizi o ideologie (37), ci siano concesse alcune note, anche su questo terreno, per quel che esse valgono e senza alcuna pretesa che possano servire a stabilire il vigente diritto positivo.

La teoria in esame sembra influenzata dalla concezione che lo stato ammette o permette lo scambio privato di beni o servizi tipicamente economici, la cosidetta iniziativa privata, in vista dell'utilità sociale che tale scambio presenta come mezzo ritenuto adatto per la produzione e la distribuzione di quei beni al fine del « benessere sociale ». Idea, questa, che

(37) Questa ispirazione ha probabilmente tratto qualche autore all'affermazione che il requisito della funzione economico-sociale è proprio di ogni sistema contrattuale (v. sopra nota 4).

si sviluppa di pari passo con gli sviluppi dello stato moderno, come ente o legislatore razionale, e della quale furono antesignani gli economisti più che i giuristi (38).

Le recenti tendenze al cosidetto dirigismo economico dello stato sembrano riassunte dalla teoria della funzione economico-sociale del contratto.

Senonchè, così ragionando, si dimentica che non tutti i contratti hanno per oggetto interessi economici (v. sopra § 9 note 6 e 7; § 13 *sub c*). E' una tendenza all'economismo propria anche dei nostri giuristi, per la quale il contratto a interessi economici si presenta come il contratto *par excellence*, sul cui tipo si tende a modellare la teoria generale del contratto (39). Si dimentica inoltre che non tutti i contratti a interessi economici investono in misura degna di pratico rilievo i problemi di produzione e distribuzione della ricchezza ai fini del « benessere sociale ». Un intervento dello stato anche in questi campi, mediante il controllo insito nel criterio della funzione sociale, sarebbe ammesso soltanto in uno stato che intenda assorbire e controllare tutta la vita degli individui, nei suoi molteplici aspetti o scopi anche non economici o economici, ma non aventi un peso praticamente importante nella soluzione di quei problemi « di benessere sociale ». Ma allora lo stesso contratto e la stessa sua essenziale funzione indicata sopra *sub a* finirebbero per essere distrutti.

Di più: nello stesso campo dei contratti a interessi economici aventi quella portata o quel peso, lo stato, che ha voluto « intervenire » o limitare la facoltà dei contraenti, lo ha fatto con delle norme *espresse e abbastanza determinate*: determinate nel loro contenuto e in relazione a specifiche categorie di contratti che si intendevano disciplinare; norme che possono in *determinati* campi o ambiti, costituire anche un complesso sistematico. Ma tale intervento o interessamento dello stato nella « vita economico-sociale del paese » non si è, nei nostri sistemi, attuato mediante il ricorso al criterio vago e generico della funzione economico-sociale del contratto.

La teoria della funzione economico-sociale, impressionata da quelle norme di « dirigismo », ha creduto che esse si potessero tradurre in un principio o criterio generale, il quale dovrebbe ispirare, come tale, i giudici nell'applicare la sanzione giuridica per *ogni* contratto che loro si

(38) V. in proposito il mio « *Commento a Tocqueville* », Milano, 1948, specialmente parte II, cap. V, § 5.

(39) V. in proposito il mio articolo, « *Il contratto a interessi non economici* » di prossima pubblicazione.

presenti. Ma le cennate norme non hanno questa portata e, nel loro contenuto determinato, sono più che sufficienti allo scopo (40). L'andare al di là di questo sistema di norme determinate, per adottare quel criterio generico, significherebbe esporre il contratto ad un *potere discrezionale* del giudice che finirebbe per distruggere il contratto stesso nella sua essenziale funzione, contro le esigenze di certezza e di stabilità che ne sono la base.

Per quanto in particolare concerne i contratti a interessi non economici, ad un certo momento potrebbero sorgere dei dubbi anche sulla validità di un contratto con un maestro di ballo o di *bridge* o con un chiromante, nonchè sulla validità delle promesse di contributi o di clausole penali concernenti associazioni per la protezione di certi animali, per lo sviluppo di certi giochi o divertimenti ecc., se tutte quelle attività, per quanto lecite, sembrano socialmente improduttive e così giuridicamente indifferenti. Tutto il problema dei contratti per promuovere i cosidetti *hobbies* o certi *hobbies* ne resterebbe investito, così come il problema di ogni contratto diretto a realizzare interessi non economici, ma di carattere atipico o strettamente individuale. E, se non erriamo, si tratta di un problema urgente nella società contemporanea, poichè la personalità umana, compressa nel campo strettamente economico, sembra cercare uno sfogo nel campo degli interessi non economici (41).

Sarebbe anche difficile misurare la futilità di questi interessi e distinguerli, nelle circostanze del caso concreto, da interessi che potrebbero anche non essere « futili o capricciosi ». Praticamente, come avviene nel campo della illiceità, si sarebbe tratti ad un'indagine sui « motivi ».

Quanto infine all'argomento dello sforzo sociale per l'amministrazione della giustizia, che non si dovrebbe sprecare per interessi « social-

(40) Lo stesso laburismo inglese ha seguito questa via, senza ricorrere al controllo generale (e discrezionale) rappresentato dalla teoria della funzione economico-sociale, criterio, questo, che non si è introdotto nella *common law*.

(41) Rinviamo su questo punto al nostro già menzionato articolo sui contratti a interessi non economici di prossima pubblicazione. Questo articolo si fonda sulla considerazione che il contratto, mediante la promessa di un compenso o mediante una clausola penale, le *astreintes* e simili, può servire ad una persona per indurre o obbligare un'altra a soddisfare un interesse non economico o cosidetto morale della prima, imponendo praticamente alla seconda una prestazione o un contegno non avente valore economico. Il fatto frequente, e quasi normale, che la sanzione del contratto ha carattere patrimoniale (risarcimento di danni patrimoniali) ha lasciato nell'ombra questo campo, oggi imponente, dei contratti a interessi non economici.

mente improduttivi », si può obiettare che la situazione è reciproca per ogni cittadino, o membro della società, il quale contribuisce a quello sforzo. Tutti possono trovarsi in casi del genere. E si tratta, comunque, di vedere se, anche socialmente, non convenga porre questi contratti, e in genere tutti i contratti leciti, sotto la tutela giuridica, per risolvere mediante questa i conflitti che ne nascono e per lasciare che il contratto esplichi liberamente la sua funzione di ordinata e pacifica soddisfazione degli interessi privati leciti e così di mezzo di sviluppo della personalità nelle sue molteplici manifestazioni, anche atipiche o strettamente singolari e individuali (anche questo punto sarà trattato più ampiamente nell'articolo citato a nota 41).

§ 20

Il requisito di un interesse apprezzabile del creditore.

a) *L'interesse del creditore come generico requisito per la sanzionabilità della promessa.*

Nella *civil law*, del passato e di oggi, si trova spesso menzionato l'interesse del creditore come requisito per la sanzionabilità della promessa (1). L'art. 1174 cod. civ. ital. pone espressamente questo requisito, accanto a quello che la prestazione deve essere suscettibile di valutazione economica: « la prestazione, dice l'art., deve inoltre corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore ».

Anche qui siamo in presenza di una concezione piuttosto vaga e generica o di una di quelle nebulose generalizzazioni, che fanno rompere il capo all'interprete, quando voglia vedere di che cosa veramente si tratti.

(1) Sembra talvolta che si intenda alludere ad un requisito delle obbligazioni in genere (così il nostro articolo 1174 cod. civ. it.) e non soltanto delle obbligazioni volontarie, cioè della promessa. Ma poichè, come vedremo, si tratta di un interesse creditorio *qualificato*, questo requisito sussiste per necessità nelle obbligazioni *ex lege*. Tutto l'art. 1174 in realtà si riferisce alle obbligazioni volontarie.

Invero, poichè un interesse il creditore l'ha sempre, per il solo fatto che ha accettato la promessa e si dà la pena di agire in giudizio, è chiaro che l'interesse in esame deve essere un interesse qualificato o « apprezzabile » in qualche modo. Con che quel requisito, se è veramente generale, sembra costituire un'altra limitazione al principio del nudo consenso o della cosidetta autonomia contrattuale, che è poi il potere di farsi promettere o di valersi di una promessa (vedi § 6).

Parte della dottrina italiana, i lavori preparatori del nostro articolo 1174, e anche alcuni autori stranieri, intendono l'interesse (qualificato e « apprezzabile ») del creditore come quell'interesse meritevole di tutela giuridica, che sta a base della teoria della funzione economico-sociale (v. § 19): un interesse serio, non futile, una « *satisfaction justifiée non par l'importance du caprice, mais par la valeur speciale du bien individuel* (DEMOGUE, *infra cit.*); un interesse valutato « secondo l'apprezzamento predominante nella coscienza *sociale*, cioè indipendentemente dal giudizio subbiettivo che ne possa fare il soggetto del rapporto » (2). Soltanto simili interessi sarebbero meritevoli del costo sociale della giustizia e della sua dignità.

---

(2) Così espressamente la Relazione del Guardasigilli sul nuovo cod. civ. it., n. 557, all'art. 1174. Per questa interpretazione dell'art. 1174 e per il suo collegamento con la teoria della funzione economico-sociale e con l'art. 1322: confronta BETTI, *Neg. giuridico* cit., II ediz., n. 8, pagg. 101 e 105, n. 23 pag. 191. Per la cennata concezione dell'interesse del creditore cfr. anche DEMOGUE, *Traité des obligations* cit., vol. I, n. 15 e LUCAS ivi cit., e vol. II, n. 758 segg. (Il DEMOGUE, che non assimila il requisito a quello della funzione economico-sociale, viene così a porre tre requisiti del contratto: l'utilità per il debitore, come *cause raisonnable* o *suffisante*; l'utilità per il creditore; la funzione economico-sociale!).

Sull'interesse creditorio « degno di tutela » v. anche BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, vol. I, p. 57 e segg., il quale tuttavia ivi e altrove (vol. III, pagg. 175-180 e vol. II, pag. 207) considera sotto questo titolo anche problemi diversi da quelli di un interesse degno di tutela e finisce per criticare quest'ultima concezione.

Cfr. anche VON TUHR, *Allg. Teil d. deut. bürg Rechts*, cit., II, § 50, pag. 170 e altre citazioni ivi, per il quale certe promesse non sono giuridicamente sanzionate « *weil das Interesse des Glaübigers kein rechtlichen Schutz*

Senonchè, come abbiamo avuto occasione di vedere al § 19 *sub c.*, uno speciale interesse del creditore in questo senso costituisce un requisito non di tutti i contratti, ma soltanto di una limitata categoria di essi, che, altrimenti, sarebbero « *illeciti* ». Si è anche argomentato, erroneamente generalizzando, dalla cessazione dell'interesse in certe servitù o in obbligazioni personali di contenuto analogo (v. § 19 *sub c* e § 36 nota 32). La generalizzazione o estensione di un simile requisito a tutti i contratti rappresenta il prodotto di una certa vacua ideologia, ed in pratica non ha alcuna applicazione. Invero, la stessa teoria in esame, dopo aver distinto il requisito di una prestazione suscettibile di valutazione economica, o apprezzabile « *à prix d'argent* », da quello di un interesse creditorio socialmente apprezzabile, riduce il tutto al problema di una possibile sanzione, ammettendo in ogni caso la validità di una clausola penale, quando il contratto non sia illecito (v. *infra* nota 5) (3).

---

verdient » (in realtà, il Von Tuhr mostra una tendenza a considerare rapporti per loro *natura* sociali, di cortesia ecc.: v. sopra § 14 *sub b*).

La teoria dell'interesse creditorio degno di tutela non ha nulla a che vedere con quella dell'abuso del diritto (v. ad es. art. 5 cod. civ. egiz.), che, applicata ai contratti, significa abuso del « diritto » di farsi promettere (abuso nella conclusione del contratto) e abuso del diritto di chiederne l'esecuzione: il primo caso rientra nella teoria della lesione o dell'*exploitation* (art. 1448 cod. civ. it., 21 cod. svizzero obbligaz., 129 cod. civ. egiz., ecc.); il secondo, in quella dell'eccessiva onerosità (art. 1467 cod. civ. it.; 147 cod. civ. egiz. ecc.).

(3) Il nostro articolo 1174 giustamente pare « enigmatico » al Barassi (*op. cit.*, III, pag. 174-180), in quanto un interesse del creditore vi è sempre e ciò dovrebbe bastare, purchè l'interesse sia lecito. Ancor più enigmatico ci sembra l'art 1174 quando venga messo in relazione alla teoria da noi criticata, in quanto questa, dopo aver posto la distinzione di che nel testo, cioè due requisiti (prestazione suscettibile di valutazione economica e interesse del creditore), ammette la validità della clausola penale e così riduce tutto al requisito di un interesse suscettibile, almeno per convenzione, di una valutazione economica, cioè a quello di una possibile sanzione (v. infra nota 5). Di più, l'art. 1174 parla non di un interesse (« apprezzabile ») del creditore *sic et simpliciter*, ma di un interesse « anche non patrimoniale ».

Per risolvere questo enigma conviene tener conto delle confusioni in cui sono caduti i redattori del nostro art. 1174. Per la sussistenza di un'obbligazione in senso giuridico, cioè per la possibilità anche astratta di un'azione

Che cosa s'intende allora per interesse del creditore, « apprezza-

giudiziale del creditore, è necessario che sussista la possibilità di una coazione giuridica, cioè dell'applicazione di una sanzione. A questo vuol alludere l'articolo 1174, quando stabilisce che la prestazione deve essere suscettibile di valutazione economica: altrimenti, si dice, « non si potrebbe attuare la coazione giuridica predisposta dal diritto nel caso di inadempimento », cioè « l'esecuzione forzata sul patrimonio del debitore » (Relaz. del Guardasigilli cit. all'articolo 1174: MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.*, Milano, 1946, § 99 n. 12).

Senonchè questa ovvia esigenza della possibilità di una sanzione è stata male espressa col concetto di « prestazione suscettibile di valutazione economica ». Anzitutto, mediante tale concetto si considera esclusivamente la sanzione del risarcimento dei danni (comprendente talvolta anche un *quid* in danaro come surrogato del valore economico della prestazione pel creditore), o altre sanzioni che presuppongono, ma non necessariamente, la possibilità di valutazione economica della prestazione: come l'ottenere giudizialmente il danaro necessario per procurarsi la prestazione da altri. Ma possono esservi anche altre sanzioni, quali l'esecuzione in forma specifica, la distruzione del fatto (le spese di distruzione non significano che il *non facere* avesse un valore economico); e queste sanzioni sono applicabili anche a casi di prestazioni non suscettibili di valutazione economica (esempio: consegna di una lettera familiare). E ciò, a parte le sanzioni delle *astreintes* francesi o quelle di una clausola penale come pena privata (v. § 21).

In secondo luogo, anche limitandoci alla sanzione del risarcimento dei danni, ciò che conta, per la possibilità di questa sanzione, è che l'*interesse del creditore* alla prestazione (come meglio si esprimevano i vecchi autori, v. nota 5), e *non la prestazione,* sia suscettibile di valutazione economica. Infatti, può darsi il caso di una prestazione non suscettibile di valutazione economica (tipica), ma rispetto alla quale il creditore possa mostrare di avere un interesse patrimoniale, cioè di subire un danno patrimoniale per l'inadempimento. Viceversa, può darsi il caso di una obbligazione con prestazione suscettibile in sè (come sacrificio o costo per compierla o ottenerla) di valutazione economica, al cui inadempimento tuttavia non sia applicabile la sanzione del risarcimento dei danni, perchè l'interesse del creditore non è suscettibile di valutazione economica. Così nel caso di contratto a favore di terzi, pur avente ad oggetto una prestazione con quel carattere. Ciò può avvenire perfino in qualche caso, in cui una simile prestazione deve eseguirsi a favore dello stipulante (qui il fargli ottenere una somma equivalente al valore della prestazione, specie se non ottenibile da altri, o il prezzo stabilito come corrispettivo, è soltanto un espediente di compensazione del c.d. danno morale, espediente non sempre ammissibile).

Ergo: il carattere di « suscettibilità di valutazione economica » della pre-

bile » o qualificato, come requisito della sanzionabilità della promessa? Attraverso tutta la storia della *civil law,* fino ad oggi, risulta che con quel vago concetto si è inteso alludere al requisito che la promessa o obbligazione volontaria deve poter essere oggetto di una delle sanzioni ammesse dalla legge e particolarmente di quella del risarcimento dei danni (4); altrimenti la promessa resta praticamente senza sanzione. E poichè, a partire dal diritto romano e per lungo tempo nella *civil law* e ancora oggi in certi suoi ordinamenti,

---

stazione non è un requisito essenziale dell'obbligazione ai fini del problema della possibilità di coazione giuridica, problema di cui si occupa l'art. 1174. Tale carattere della prestazione (come sacrificio per compierla o ottenerla) è rilevante invece ai fini del diverso problema della *cause suffisante*: v. sopra § 10, specie nota 2 e § 11; v. anche § 21, nota 2.

Nè nel nostro sistema oggi è essenziale il carattere patrimoniale (o suscettibilità di valutaz. econ.) dell'interesse del creditore, oggi nel nostro sistema, in cui sono ammesse le sanzioni dell'esecuzione in forma specifica e della clausola penale (v. § 21), a parte le francesi *astreintes.*

Concepita in tal (malo) modo l'esigenza della possibilità di una sanzione, l'art. 1174 pone *inoltre* il requisito di un interesse *anche non patrimoniale* del creditore, sulla cui portata si è già detto.

Tutta questa confusione ha probabilmente all'origine qualche equivoco storico. L'espressione « *intérêt appréciable* », usata dai vecchi autori (v. citaz. *infra* nota 5), si prestava all'equivoca traduzione in « interesse *socialmente* apprezzabile » o avente un certo valore oggettivo (anche perchè un simile interesse è normalmente valutabile in denaro). D'altro lato, il requisito dell'interesse del creditore in relazione al problema della sanzione (consistente soltanto nel risarcimento dei danni) aveva tratto molti autori ad affermare che l'interesse del creditore deve sempre essere patrimoniale (per la critica di questa opinione, v. DEMOGUE, *op. cit.,* II, n. 759 e autori ivi). Intendendo reagire a questa corrente, l'art. 1174 si è riferito ad un interesse anche non patrimoniale; e sarebbe stato meglio dire « la prestazione (suscettibile o meno di valutazione economica) *può* corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore purchè sia possibile, anche mediante una clausola penale, applicare *una* delle sanzioni previste dalla legge ».

(4) Si è talvolta inteso alludere anche ad altri problemi (v. in proposito BARASSI, citato sopra a nota 2); in particolare a quello della riducibilità di una clausola penale eccessiva, in rapporto al danno sofferto e in questo senso all'interesse del creditore (v. *infra* § 21). Altre volte si è inteso alludere al problema di una proporzione fra interesse del creditore e peso imposto al debitore in certe promesse a titolo gratuito (v. *infra sub b*).

l'unica sanzione ammessa era il risarcimento del danno patrimoniale, ne conseguiva che l'interesse del creditore alla prestazione promessagli doveva essere valutabile in denaro, *appréciable* nel senso di *appréciable à prix d'argent,* o « suscettibile di valutazione economica », come, riferendosi invece alla prestazione, si esprime il nostro articolo 1174: altrimenti nessuna sanzione era praticamente possibile e la promessa veniva così a trovarsi fuori dell'ambito del diritto. Naturalmente, l'ostacolo si poteva e si può superare con la stipulazione di una clausola penale (5). Questa situazione permane ancora oggi,

(5) Fare citazioni sarebbe troppo lungo, dato che si estendono a tutta la storia della *civil law*. Ci limitiamo ad alcune. RICHERI, *Univ. Jurisprudentia,* cit., III, IV, § 774 (cit. anche al § 19 nota 8 bis). « *Neque enim rata habentur pacta, quibus nulla subest justa obbligandi causa: puta si pactum fiat, ne cui locum suum dedicare liceat, neve in suo mortuum sepeliat; vel ne, vicino invito, praedium suum alienet; atque nihil intersit vicini, ne haec fiant vel omittentur: si enim paciscentis interesset, utique servanda foret conventio: futurum alioquin, ut contra faciens teneatur ad id, quod interest ,vel ad poenam, si qua adjecta fuerit* ». E qui il Richeri cita i testi romani. E' questo un passo tipico del nostro costume alle generalizzazioni e alle trasposizioni! Alcuni degli esempi menzionati dal Richeri, rientrano fra quelli di cui al § 19 *sub c,* IV (v. anche § 19 nota 8 bis): altri, invece, concernono il semplice requisito dell'interesse del creditore valutabile in danaro (classico requisito romano nell'*aestimatio*), tanto che basta a supplirlo una clausola penale.

E', anche qui, evidente l'equivoco da cui è nata la teoria della *justa causa* come funzione economico-sociale (o illiceità dei patti vincolanti la proprietà senza alcun interesse serio come contropartita): v. sopra § 19 *sub c.*

POTHIER, *Traité des obligations,* n. 138-139 parla dell'*intérêt appréciable du créancier* » appunto nel senso di « *appréciable à prix d'argent* » altrimenti, egli dice, il promittente potrebbe « *impunément ne pas exécuter sa promesse* ». E conclude: *un fait auquel la partie qui le stipule n'a aucun intérêt* (intendi: apprezzabile nel modo suddetto) può diventare l'oggetto di una obbligazione, quando si stipuli una clausola penale (e dà in proposito l'esempio di un cosidetto interesse morale, come nel caso dell'obbligazione di non giocare a carte).

MERLIN, *Répertoire univ. et raisonné de jurisprudence,* 5ª ediz., Parigi, 1830, vol. III, p. 777 ne scrive che il fatto, oggetto della promessa, deve *interessare* a colui cui fu promesso; a questo interesse dev'essere *appréciable en argent* per dar luogo ad un'obbligazione *civile* (anche Pothier, *loc. cit.,* era in questo senso, non escludendo appunto l'obbligazione di coscienza). Basta pensare, continua Merlin, che l'interesse è la molla di ogni contratto; senza inte-

quando non sia possibile l'esecuzione in forma specifica (ad es. la distruzione o eliminazione del fatto in contravvenzione all'obbligazione di non fare), in quegli ordinamenti di *civil law* che, per quei casi, non ammettono in linea generale la sanzione del risarcimento dei cosidetti danni morali, quella delle francesi *astreintes* giudiziali o altre simili (6).

I casi interessanti sono quelli delle prestazioni non rispondenti ad un interesse tipicamente economico del creditore e così di molte delle promesse non aventi un carattere tipico (v. sopra § 10 nota 2, § 14 *sub b* e *c* e *infra* § 21, specie nota 2), nonchè del contratto a favore di terzi (7). Ma, ripetiamo, anche in un sistema come quello

---

resse sarebbe una *vessazione* il pretendere una cosa: ma come si può, dice l'autore, riconoscere questo interesse se non nel caso in cui esso sia *appréciable en argent?* Così per Merlin l'allusione ad un interesse qualificato o oggettivamente valutato, tale che possa escludere la vessazione (v. anche *infra sub b*), quest'allusione si trasforma nel criterio oggettivo della valutabilità in danaro.

Cfr. per altre citazioni in questo senso, DEMOGUE, *op. cit.*, II, n. 765, il quale richiama anche il nostro Pacifici Mazzoni; DALLOZ, *Codes Annotés, Nouveau code civ.*, cit., II, agli artt. 1126-1130. In genere gli autori francesi, col Pothier, trattano questo problema sotto il titolo dell'oggetto del contratto (cfr. DALLOZ e autori ivi citati) e il mio articolo sull'oggetto del contratto nella Rivista *Jus*, 1953, p. 289 segg.

Si finisce dunque per ammettere che la stipulazione di una clausola penale soddisfa il requisito di un interesse apprezzabile del creditore... in quanto mostra che tale interesse sussiste! (v. autori cit. e *infra* § 21).

(6) E' questo il caso del diritto italiano, che non ammette in linea generale la risarcibilità dei cosidetti danni morali. Cfr. in senso contrario l'art. 222 cod. civ. egiziano (se questo articolo riguarda anche un interesse non patrimoniale ad una prestazione *promessa*, e non soltanto la lesione di interessi morali *ex delicto* o simili). Il DEMOGUE, *op. cit.*, II, n. 759 accenna anche alla sanzione consistente nell'accertamento del diritto morale.

(7) Al caso del contratto a favore di terzi si riferiscono spesso gli autori e la stessa relazione del Guardasigilli sul nostro articolo 1174. Anche il Pothier, citando Grozio, richiede un *intérêt appréciable à prix d'argent* nel contratto a favore di terzi (*Traitè des oblig.*, n. 54-55). Si tratta ovviamente del caso dello stipulante che vuol ottenere una sanzione per l'inadempimento della promessa di dare o fare a favore di un terzo. Invero, se lo stipulante non può mostrare un interesse apprezzabile in danaro a che il promittente esegua una prestazione a favore del terzo, o se non ha in proposito stipulato una clausola

del nostro art. 1174, l'ostacolo si può superare con la stipulazione di una clausola penale. Sulla riducibilità di questa nel caso in cui l'interesse del creditore non sia valutabile in denaro, riducibilità che concerne un problema diverso da quello dell'interesse creditorio degno di tutela: v. *infra* § 21. Su tutto questo problema nella *common law*: v. *infra* § 33.

Per concludere: nei contratti a titolo oneroso, purchè sia possibile una sanzione o si sia stipulata una clausola penale, il creditore, per ottenere la sanzione della promessa, non deve dimostrare l'esistenza di un particolare interesse all'esecuzione della promessa stessa, salvo il caso di illiceità o salvi i casi particolari di cui sopra al § 19 *sub c*.

D'altro lato (e si è già avuto occasione di notarlo al § 19 *sub d*), come investigare sull'esistenza di un interesse reale del creditore che si è fatto promettere una prestazione dal carattere atipico o anche strano, cioè non avente carattere tipicamente economico? Sarebbe una indagine assai delicata ed arbitraria, che assai spesso, data la mancanza di uno scopo tipico (cosidetta « causa » in relazione ai motivi), si risolverebbe in una indagine sui « motivi ».

Se il creditore si è data la pena di fare un contratto per ottenere quella prestazione, di promettere per essa un compenso, e, in seguito, di affrontare le spese e i rischi di un giudizio, vuol dire che, se non è un pazzo, egli vi ha interesse. E ciò basta, purchè si tratti di un interesse lecito. Il miglior giudice dei propri interessi è lo stesso contraente, conclude il Barassi (*op. cit.*, III, p. 174-180) a proposito dell'« enigmatico » art. 1174.

---

penale, come può lo stipulante stesso ottenere una sanzione contro il promittente che non esegue? Oggi si può pensare anche ad una azione di condanna intentata dallo stipulante per l'esecuzione in forma specifica a favore del terzo (che si deve supporre disposto a riceverla senza essere attore in giudizio); ma questa sanzione non è sempre possibile. Comunque, per essa sarebbe sufficiente un interesse qualunque, purchè lecito.

Se lo stipulante ha promesso o pagato un corrispettivo al promittente, egli potrà ottenerne la restituzione mediante la risoluzione del contratto; ma questa sarebbe la sola sanzione, se sanzione è. Diverso è il caso in cui lo stipulante chiede che la prestazione venga a lui eseguita (art. 1411 comma 2° e 3°).

E' ben meno seria e degna di protezione la condotta del promittente, che, dopo aver promessa una prestazione, aver stipulato un compenso, aver concluso insomma un contratto con l'intento effettivo di assumere un vincolo giuridico, si appiglia all'eccezione che l'interesse del creditore a quella prestazione non è socialmente plausibile serio o meritevole della tutela giuridica. In realtà, se il requisito di un simile interesse del creditore sussistesse e fosse veramente applicato, se ne avrebbe un colpo terribile contro il principio e l'idea del contratto: il valore della parola data. Tutto ciò che si può esigere in questa materia si è soltanto: che, attraverso la futilità dell'interesse, non risulti escluso l'intento serio di contrarre un vincolo giuridico; o che non si arrivi al classico *de minimis non curat praetor*; o che il peso imposto al debitore non sia sproporzionato rispetto all'interesse creditorio (che è ben altro problema: v. *infra sub b*): v. anche § 36 *sub d*.

b) *L'interesse del creditore nelle promesse a titolo gratuito di carattere atipico.*

Ci siamo limitati *sub a* a parlare dei contratti a titolo oneroso. Invero nelle promesse a titolo gratuito, specialmente in quelle di carattere atipico, una certa importanza dell'interesse del creditore può essere richiesta *al momento dell'applicazione della sanzione o della condanna del promittente*. L'interesse del creditore, cioè il pregiudizio che egli subisce per l'inadempimento della promessa, deve avere, in questi casi, un certo rilievo, una certa importanza, rispetto al peso imposto al debitore con l'obbligazione a *titolo gratuito*. Si tratta di un'applicazione di quel rapporto di proporzione che costituisce la *cause juste* di certe promesse a titolo gratuito (v. sopra § 14 *sub b* in fine, *sub c* in fine e *sub e*; e § 14 bis); ma non di tutte le promesse a titolo gratuito, non, per es., di una donazione (8), per la quale sorge soltanto il problema della forma e ove la *cause suffisante*

(8) Tuttavia l'art. 500 cod. civ. egiziano, in quanto ammette genericamente la revoca della donazione per giusti motivi, potrebbe includere fra questi anche l'importanza dell'interesse del donatario rispetto al peso imposto al donante.

non ha riguardo all'importanza dell'interesse del donatario ad ottenere l'oggetto donato (v. sopra § 10 e § 11).

Si tratta, in particolare, delle promesse a titolo gratuito di mutuo, di comodato, di trasporto ed altre simili promesse, in pratica assai rare e perciò di carattere in certo senso atipico; ma si può trattare anche di promesse di una prestazione non avente carattere tipicamente economico: v. sopra § 10 nota 2 e § 14 *sub b* e § 21 nota 2 (9).

Già nella storia della *civil law* si trova affermata questa esigenza di un rapporto di proporzione fra il peso, che si impone al debitore con simili promesse, e l'importanza dell'interesse che ha il creditore alla loro esecuzione, cioè del pregiudizio che egli subisce o subirebbe per il loro inadempimento (10).

E', in fondo, un'applicazione della *cause raisonnable* o *juste* di Grozio (v. § 14 nota 20), poichè non sembra giusto imporre al debitore di fare lo sforzo di eseguire quelle promesse (quando davvero esse rappresentano, nelle circostanze concrete, un peso grave od uno sforzo), mentre, da un lato, egli non ha ricevuto alcun corrispettivo, e, dall'altro, il creditore non subirebbe alcun serio o grave danno per l'inesecuzione. Ma ciò non si applica ovviamente ai contratti a titolo oneroso, ove non si è mai sentito dire che chi ha promesso o pagato un corrispettivo, debba mostrare un interesse di un certo rilievo per ottenere la controprestazione anche non avente carattere tipicamente economico (v. sopra § 14 *sub e* nota 29).

Nella situazione su accennata di promesse a titolo gratuito, si

---

(9) Vedi ad es. nel vol. II « Casistica » il caso *Société Cultuelle* contro *Barouk-Bittoum,* se veramente si trattava di una promessa a titolo gratuito o senza corrispettivo. Per queste promesse a titolo gratuito di fare qualche cosa non avente valore economico pel creditore, occorrerebbe una clausola penale, salvo sia pensabile un'esecuzione in forma specifica della promessa o salvo il caso delle *astreintes* o simili altre sanzioni: v. sopra *sub a.* A parte che una clausola penale o queste altre sanzioni per una promessa a titolo gratuito rappresentano un caso piuttosto accademico, sorgerebbe allora il problema della proporzione fra interesse del creditore e peso imposto al debitore, oltre che il problema della clausola penale di che al § 21.

(10) Cfr. VOET, *Comm.* 2, 14, 16, cit., sopra § 4 nota 22. V. anche § 14 *sub e.* V. anche Merlin, cit. a nota 5.

considera non soltanto l'interesse del creditore al momento della promessa (11), ma anche la permanenza di questo interesse e il suo rapporto di proporzione col peso dell'obbligazione *al momento della condanna* (12). Così, se ti prometto a titolo gratuito un mutuo o un comodato o il godimento di un locale (v. il caso Fellman contro Mathebs nel vol. II), o se prometto di non vendere carne sottoposta a certi riti religiosi (v. il caso *Societé Cultuelle* contro Barouk-Bittoum), e poi vien meno o quasi il bisogno tuo del mutuo, perchè sei divenuto ricco, o il bisogno tuo della cosa, in proporzione al bisogno che io ho del denaro o della cosa. Analogo effetto si potrebbe avere, se nel rapporto di proporzione cresce a dimisura il mio bisogno (13).

(11) Sotto questo profilo possono darsi dei casi in cui, per errore di valutazione del proprio bisogno rispetto a quello del promissario, per leggerezza od altro, una persona faccia una delle cennate promesse a titolo gratuito assumendo un peso molto grave, nella sua particolare situazione, rispetto all'interesse del promissario. In tal caso, il requisito della *cause juste*, come rapporto di proporzione fra i due interessi o bisogni, interviene a *proteggere il promittente* (quale criterio di giustizia nel conflitto tra interessi *privati*), indipendentemente dal ricorso alle teorie dell'errore, del vizio di consenso, ecc.: § 23 (V. Vol. II « Casistica », specie quanto alla fideiussione). Una promessa a titolo gratuito di qualcosa o di un fatto, cui si sappia che il promissario non ha alcun interesse, o alcun interesse rilevante in relazione ad un bisogno o situazione difficile propria dello stesso promittente e a lui nota, una simile promessa rappresenterebbe uno scherzo o un nonsenso. Sotto questo aspetto e sotto questo aspetto soltanto, si può dire col Lee e con altri autori che la *cause raisonnable* di Grozio si confonde con l'intento serio ed effettivo di contrarre un'obbligazione (vedi sopra § 4 nota 20).

(12) Perciò il requisito dell'interesse creditorio (proporzionato) si può in certo senso confondere con l'esistenza di un danno. Conseguentemente, se il creditore, anzichè chiedere l'esecuzione in forma specifica, le *astreintes* o simili (là dove ciò è possibile), si limita a chiedere il risarcimento dei danni anche morali (se questi sono risarcibili), in tal caso il requisito in parola si può confondere talvolta con quello della prova del danno, se manca qualsiasi interesse del creditore al momento della condanna: cfr. anche Merlin, cit. a nota 5. (nel caso Fellman contro Matheb il creditore aveva chiesto l'esecuzione in forma specifica di una promessa di comodato).

Ad un risultato talvolta equivalente si può arrivare nella *common law*, in quanto ivi l'esecuzione in forma specifica non è concessa se non eccezionalmente (*in equity*), mentre la sanzione normale è costituita dal risarcimento dei danni.

(13) Si sarebbe perciò tentati di spiegare il requisito dell'interesse credi-

Invece, se si tratta della promessa a titolo oneroso di un mutuo, del godimento di una cosa (locazione), di servizi ecc., la promessa deve essere mantenuta anche se l'interesse originario del creditore più non sussiste; questo interesse entra nel campo dei cosidetti motivi; il diritto di credito, creato da quelle promesse, costituisce un bene nel patrimonio del creditore, di cui egli può disporre come crede, non traendone alcun utile, cedendo il diritto stesso a terzi, ove ciò sia possibile, ecc. (14).

E' chiaro, poi, che il requisito di questo interesse rilevante o proporzionato del creditore non ha nulla a che vedere con il preteso requisito dell'interesse serio, non futile ecc.: v. § 19 *sub c* e questo § *sub a.* Invero quel primo requisito concerne *anche* le promesse gratuite di mutuo, di comodato, di trasporto e simili; dove il promissario

---

torio, nelle promesse a titolo gratuito, mediante il criterio soggettivo della teoria della presupposizione o di una clausola *rebus sic stantibus* applicata ai contratti a titolo gratuito. Ma come si è visto a nota 11, vi si comprendono anche casi in cui la proporzione fra interesse del creditore e peso per il debitore al momento della promessa non è successivamente variata. Più che un criterio soggettivo, si tratta quindi di un criterio oggettivo di giustizia (v. anche sopra § 2 *sub b* e § 14 *sub e*).

(14) L'interesse apprezzabile del creditore è considerato come un requisito del nostro contratto o della « causa » anche dagli autori di *common law.* Cfr. Holdsworth, *A history of English law,* 5ª ediz., III, London, 1942, pag. 412, il quale ne scrive che i canonisti ammisero la validità del nudo patto almeno mediante la *penitential discipline* (v. sopra § 4, nota 12). Ma, aggiunge Holdsworth, divenne allora difficile trovare un criterio per distinguere i meri *agreements* (cioè quelli aventi un valore sociale o morale) dai *contracts* aventi valore giuridico. Il criterio, che si pervenne ad adottare nel diritto canonico, fu un aspetto molto generalizzato della romana « causa », la quale è l'antenato della « *cause* » del diritto francese e del diritto di altri paesi del continente. « Questa causa poteva consistere in un dovere morale o nella mera intenzione di fare una donazione, ma se essa era del tutto assente, non vi era alcun *contract.* E se il promissario non poteva avere alcun interesse apprezzabile (*substantial interest*) nell'esecuzione della promessa, non vi era quell'interesse che poteva essere considerato come una « *causa* ».

Come si vede, il Holdsworth non sembra considerare che il requisito del *substantial interest* è proprio soltanto delle promesse a titolo gratuito. Ma, forse, ciò è implicito nel passo surriferito. Sulla causa di liberalità, cui accenna questo autore, v. sopra § 8 segg.

ha ovviamente un interesse serio, non futile ecc. ad ottenere il mutuo, il comodato ecc. che rappresentano, d'altro lato, interessi *tipici* o tipicamente economici.

Inoltre, mentre nei casi di cui al § 19 *sub c* non sempre si tratta di una bilancia fra interessi *privati,* qui invece si tratta appunto di questo, al fine di risolvere un conflitto fra interessi privati, mediante un criterio di giustizia, in un contratto a titolo gratuito, contratto che per sè, anche senza la bilancia di questi interessi, non sarebbe illecito (v. invece sopra § 19 *sub c*).

Breve nota sull'art. 1174 *c. civ. ital.* In aggiunta a quanto si è detto nelle note 1 e 3, si può osservare che il requisito di un interesse apprezzabile in danaro, ai fini della possibilità di applicare la sanzione del risarcimento dei danni (patrimoniali), concerne tutte le obbligazioni, e non soltanto quelle volontarie. E' infatti possibile, anche per un'obbligazione *ex lege,* che l'inadempimento non determini un danno patrimoniale (o anche morale, rispetto ai sistemi che ne ammettono la riparazione). In tal caso, se non è pensabile la sanzione dell'esecuzione in forma specifica o quella delle *astreintes,* l'obbligazione resta senza sanzione. Ma, nello stesso caso, è altrettanto evidente che il requisito dell'interesse creditorio apprezzabile in danaro non concerne il contratto, nè concerne la natura della prestazione, appunto perchè tale requisito si riferisce al solo momento dell'applicazione in concreto della sanzione e così concerne anche le obbligazioni non volontarie o *ex lege,* per le quali è assurdo pensare che la legge imponga delle prestazioni per loro natura non suscettibili *in astratto* della cennata sanzione. E nelle stesse obbligazioni volontarie, per quanto la natura della prestazione promessa possa in molti casi mostrare che non vi sarà in concreto un danno patrimoniale al momento dell'inadempimento, tuttavia ciò non si potrà controllare in modo sicuro se non in questo momento (salvo vedere, per la colpa, se il danno patrimoniale era prevedibile al momento della stipulazione: v. art. 1225 c. civ. ital. e simili).

Senonchè, come si è rilevato, l'art. 1174, in quanto richiede un interesse (anche non patrimoniale) avente un certo rilievo oggettivo, fa di quest'interesse un elemento del contratto, pel preteso principio che lo « stipulante » deve avere un interesse (qualificato) alla prestazione stipulata (e ciò in omaggio alla suaccennata tradizione la quale, in difetto di tale requisito, riferito in realtà ad un interesse *appréciable en argent,* parla di nullità della « convenzione »: cfr. anche Dalloz, *op. cit.,* art. 1126, n. 52 e autori ivi).

Ma in questo senso, come elemento del contratto, o come elemento che limita o anche elimina la responsabilità contrattuale *incidendo così sulla c.d. autonomia contrattuale o potere dello stipulante di obbligare altrui* (v. § 6), in questo senso, diciamo, un interesse creditorio avente oggettivamente un certo peso o rilievo è un elemento (*cause juste*) soltanto pei contratti a titolo gratuito, nonchè per la clausola penale (v. § seg. *sub b*). E non sarà questo il solo elemento che gioca nella bilancia degli interessi in conflitto: v. sopra *sub b*.

La confusione fra questi vari aspetti del problema dell'interesse del creditore ha probabilmente concorso alla redazione dell'infelice art. 1174.

§ 21
La clausola penale

a) *Importanza della clausola penale e sua funzione.*

Nel corso del nostro lavoro abbiamo avuto varie volte occasione di considerare l'importanza della clausola penale nello sviluppo dell'obbligazione contrattuale, in particolare in quei sistemi in cui, per la difficoltà dell'*aestimatio* dell'interesse o di certi interessi del creditore (1), si rendeva difficile o anche impossibile di applicare alla promessa la sanzione del risarcimento del danno, e così di sanzionarla quando il risarcimento del danno era l'unica sanzione ammessa (v. sopra § 2 nota 7 e § 3 *sub a* in fine).

Questa speciale importanza della clausola penale si presentò rispetto alle promesse o contratti atipici, nel senso di promesse di una prestazione che non rappresentava oggettivamente, cioè secondo il costume e la mentalità dell'epoca, un interesse economico o patrimoniale del creditore e, *in questo senso,* non era l'oggetto di uno

(1) Già nelle Istituzioni di Giustiniano (III, 15, §7) si osserva che nelle stipulazioni di *facere* e *non facere* conviene far ricorso alla clausola penale « *ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius interesit* ». E nelle stipulazioni a favore di terzi, ove non è possibile stabilire un interesse (patrimoniale) per una azione dello stipulante, si consiglia pure il ricorso alla penale: Inst. III, 19, § 19; D. 45, I, 38 § 17.

scambio economico o tipico (2). E ciò appunto perchè rispetto a queste promesse sorgeva la difficoltà o addirittura l'impossibilità della cennata *aestimatio.* Sicchè, specialmente nel medioevo, la clausola penale ebbe una larga diffusione (3).

Tale importanza la clausola penale conserva anche oggi in quegli ordinamenti giuridici che, come quello italiano, non am-

(2) Il criterio per stabilire il carattere atipico del contratto non è qui quello di una prestazione suscettibile di valutazione economica: criterio che serve ai fini del problema della *cause suffisante* (v. sopra § 10 nota 2 e § 13 *sub c*) e che concerne la prestazione come costo o sacrificio patrimoniale pel debitore.

Qui si tratta dell'interesse del creditore non suscettibile di valutazione economica e, come tale, conferente carattere atipico al contratto (v. anche sopra § 20 nota 3). Vi può essere una prestazione suscettibile di valutazione economica, cui tuttavia lo stipulante abbia un interesse non economico o prevalentemente non economico, come nel caso della compera di un quadro di famiglia avente un certo valore di mercato (sia pure minimo). In questo caso il risarcimento del danno patrimoniale non soddisferebbe il creditore o non lo soddisferebbe appieno: la piena soddisfazione si avrebbe soltanto con l'esecuzione in forma specifica (*specific performance* nell'*equity anglo-sassone*: v. *infra* § 33) Sicchè, se questa appare difficile o impossibile in un dato sistema giuridico, lo stipulante dovrà provvedersi con una clausola penale. Il codice civ. germanico, al § 343 prevede espressamente questa situazione. Questi casi, benchè possano farsi rientrare nel tipo « compravendita », rappresentano, dal punto di vista dell'interesse del creditore e della possibilità (almeno pratica) di una sanzione, dei contratti atipici.

Viceversa, può esservi una prestazione non avente valore economico, alla quale il creditore abbia un interesse economico, come certe prestazioni di fare.

Tuttavia conviene osservare che nella maggior parte dei casi ad una prestazione non suscettibile di valutazione economica corrisponde anche un interesse non patrimoniale del creditore: sicchè il contratto è atipico nei due sensi.

(3) V. sopra § 3 nota 3. Come si è osservato in quel luogo, la clausola penale servì non soltanto a rendere possibile una sanzione per i contratti atipici, ma anche a far assumere aspetto contrattuale ad atti o rapporti che non l'avrebbero oggi per noi: v. § 3 nota 4. Come rileva il FLINIAUX (*L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen-âge,* in *Mélanges Fournier,* Parigi, 1929, p. 236) sulle orme del GLASSON: « *La pratique de la clause pénale, avec son caractère comminatoire, se généralisa à ce point qu'on peut dire qu'aucun contrat, qu'aucun acte de la vie civile, affranchissement, testament, adoption, etc., ne se formait sans qu'une clause pénale en garantit l'exécution* ». V. altri autori citati da Fliniaux.

mettono il risarcimento del danno non patrimoniale, cioè di quello consistente nella lesione di un interesse non tipicamente economico o patrimoniale del creditore; importanza che si manifesta specialmente quando non sia possibile la sanzione dell'esecuzione in forma specifica (v. sopra § 14 *sub b* e § 20 *sub a*).

Prescindiamo per ora da questo caso, che esamineremo in seguito.

La clausola penale dà luogo a questioni molto delicate, anzitutto perchè sotto questo nome vanno patti che hanno funzioni o scopi diversi, benchè tutti si possano assommare nel concetto di patto sanzionatorio, avente cioè lo scopo di rafforzare o anche creare una sanzione. Conviene distinguere questi scopi, anche se la distinzione non è facile in concreto. Le confusioni a questo proposito sono assai frequenti (v. ad esempio, nota 8).

Il criterio tradizionalmente adottato per la distinzione è quello dell'intento delle parti (salvo pel caso indicato *infra sub* 4°). Si deve, cioè, aver riguardo al momento della stipulazione della clausola più che a quello della sua applicazione o portata della clausola rispetto al danno effettivamente subito. L'intento delle parti è il momento decisivo per le questioni sulla validità della clausola nella storia della *Civil law* e anche nella *Common law* (v. *infra* § 33).

Ciò premesso, sembra che gli scopi della cosidetta clausola penale (in senso lato) si possano distinguere come segue, distinzione approssimativa, come per ogni classificazione e con la possibilità di interferenze e combinazioni fra uno scopo e l'altro:

1) *Liquidazione convenzionale del danno risarcibile secondo le regole giuridiche in materia.* Qui, secondo l'intento delle parti (e sempre a prescindere dalle differenze rispetto al danno effettivo risultante secondo quelle regole al momento dell'applicazione) la clausola è destinata alla mera liquidazione convenzionale. Vi potrà essere errore nella previsione del danno effettivo risarcibile in base alle dette regole; ma l'intento delle parti era soltanto quello di una liquidazione convenzionale di questo danno.

Più che una clausola diretta a creare una sanzione o addi-

rittura a stabilire una pena privata, si ha qui un provvedimento diretto ad agevolare l'applicazione della *normale* sanzione del risarcimento del danno: applicazione che, com'è noto, presenta spesso delle difficoltà, nonchè una certa discrezionalità del giudice (4), nonostante l'apparenza oggettiva dei criteri di « causalità », « prevedibilità », « conseguenza immediata e diretta, o ordinaria e non remota » ecc. (5).

Le parti tendono in genere ad una liquidazione *a forfait,* nel qual caso dovrà sempre essere ammessa la prova, da parte del convenuto, che non v'è alcuna lesione dell'interesse o alcuna fonte di danno risarcibile secondo le dette regole; o potrebbe anche tavolta richiedersi su tale punto la prova positiva da parte dell'attore, sempre restando il *quantum* determinato nel *forfait* (6). Potrebbe il *forfait* anche essere concepito come un minimo, riservata al creditore la prova di un danno ulteriore.

Oppure, caso più raro, potrebbe anche essere ammessa, da parte del convenuto, la prova che il danno è minore (mera inversione dell'onere della prova) (7).

(4) Ciò vale *a fortiori* per il danno non patrimoniale nei sistemi che ne ammettono il risarcimento (v. ad es. art. 222 c. civ. egiz.). Il carattere *a forfait* della liquidazione convenzionale e così la sua importanza pratica saranno qui ancor più rilevanti, dato che la liquidazione giudiziale del danno non patrimoniale implica necessariamente dei criteri arbitrari col ricorso a quello dell'equità.

(5) Cfr. art. 1223 segg. c. civ. ital. e simili e, in proposito, il mio articolo, *Sulla cosidetta causalità giuridica* ecc., in *Studi in onore di Cicu* e in *Riv. dir. comm.,* 1951, I, p. 405.

(6) Questo caso è considerato dal Barassi (*La teoria generale delle obbligazioni,* Milano, 1948, III, n. 354 p. 481) come diverso da quello della clausola penale in senso proprio. Egli lo fa rientrare nell'ipotesi dell'art. 1230 princ., cod. civ. 1865 (1152 c. civ. francese), sostenendo tuttavia che l'art. 1382 nuovo cod. non esclude che le parti siano libere di stipulare una clausola in questo senso. Ma il Barassi comprende nel suddetto caso, sempre come mera liquidazione convenzionale, anche quello in cui l'intento sia diretto ad un risarcimento maggiore di quello dovuto secondo le regole legali: su di che v. *infra sub* 2°. La distinzione fra i vari casi nel Barassi non è chiara.

(7) Rispetto alle varie possibilità di agevolazione nell'applicare la sanzione *normale* di che nel testo, non ci interessa qui come esse siano classificate dalla leg

Il caso che stiamo esaminando si può dunque definire *rafforzamento* (mediante le dette agevolazioni di applicazione pratica) *della sanzione normale,* ma non creazione di una sanzione accanto a quella legale (v. *infra sub* 2°) e, tanto meno, creazione di una pena privata (v. *infra sub* 3°).

Tuttavia, per le ragioni accennate, ivi compresi la terminologia, il comportamento dei nostri codici e le interferenze fra i vari tipi di clausole, i tre casi menzionati *sub* 1°, 2° e 3° vengono assai spesso confusi (8). Vi concorre anche la difficoltà di ogni distinzione ba-

---

ge e se e fino a qual punto siano comprese, ad esempio, negli art. 1382 segg. c. civ. ital., 1152 e 1226 segg. c. civ. francese e simili. Ciò che conta, per distinguere tutte quelle ipotesi dalle altre di che *infra sub* 2° e 3°, è che l'intento delle parti sia diretto soltanto alla liquidazione convenzionale del danno risarcibile secondo le regole legali, con i vari effetti pratici sopra menzionati: e ciò perchè, come s'è detto, è sull'intento delle parti che si fondano le questioni della validità della clausola (a parte quelle o alcune di quelle sulla riducibilità: v: infra *sub b*).

Al postutto, quegli articoli possono talvolta anche essere diretti a integrare con presunzioni, secondo il *quod plerumque accidit,* un intento dubbio delle parti, interpretandolo nel senso che più si avvicina ad una clausola del tipo di quelle indicate *infra sub* 2° e 3°, senza peraltro escludere che l'intento possa essere quello che stiamo considerando qui *sub* 1°, e senza negargli conformi effetti (v. anche Barassi cit. sopra a nota 6). Nè è da dimenticare la già cennata equivocità del termine « clausola penale ».

(8) La confusione si trova anche in POTHIER, *Traité des obligations,* cit., n. 345, il quale, dopo aver assegnato alla clausola la funzione di liquidare i danni, ammette che la pena possa essere dovuta anche quando il creditore non risente alcun danno, pur non potendo, come pena, essere « *immense* » (problema di riducibilità della pena privata in senso proprio).

Per la critica della stessa confusione in cui è caduto l'art. 1229 c. civ. francese, rispetto agli artt. 1152 e 1226, cfr. PLANIOL, *Traité pratique,* cit., VII n. 868.

Che nella clausola penale per la sua essenza le due funzioni di pena e di indennizzo siano *sempre* cumulate e perciò « in essa fuse e indistinte », è stato sostenuto dal Barassi, *op. cit.,* III, n. 354, p. 481, sulle orme del Pothier ivi richiamato. Ma, a parte le cennate difficoltà della distinzione fondata sull'intento, ciò non sembra esatto. Non lo è, anzitutto, dal punto di vista dell'intento delle parti, che può essere esclusivamente nell'un senso o nell'altro (v. *infra sub* 2° e 3°). Non lo è, dal punto di vista dei vari diritti positivi, che ammettono la penale avente strettamente la funzione di pena privata (v. *infra sub* 3° e *sub b,* come pure riconosce lo stesso Barassi, *op. cit.,* III,

sata sull'intento delle parti; ma, come si è notato, il criterio dell'intento è quello che conviene adottare in vista dei problemi che si vogliono risolvere (9).

2°) *Creazione convenzionale di una sanzione di risarcimento o a carattere satisfattivo, accanto ad altra predisposta dall'ordinamento giuridico, ma ritenuta insufficiente dallo stipulante.* Com'è noto, al fine di non esporre il debitore ad un risarcimento troppo pesante, o che potrebbe andare all'infinito (pel c. d. rapporto di causalità), i vari ordinamenti giuridici stabiliscono delle limitazioni al danno risarcibile, mediante criteri oggettivi più o meno elastici (10).

Lo stipulante, ritenendo insufficiente il risarcimento spettantegli secondo questi criteri, potrebbe provvedersi di un'ulteriore sanzione, avente sempre scopo satisfattivo. E ciò potrebbe fare mediante una clausola penale che conglobi in un'unica somma il danno da riparare secondo i detti criteri e l'ulteriore risarcimento da lui desiderato (11); oppure potrebbe stabilire che, oltre quel

---

p. 482-483 e 485) e ammettono nello stesso tempo la funzione esclusiva di indennizzo (v. *infra sub* 2° e *sub b*).

(9) Già i canonisti avevano fatto ricorso al criterio difficile dell'intento per distinguere la pena privata in senso proprio (da essi ammessa) dalla clausola penale avente lo scopo di liquidare gli interessi usurari. Ma ricorsero poi al criterio oggettivo del danno sofferto o « interesse » del creditore. Onde nacque l'idea, successivamente svoltasi, della pena promessa « *loco interesse* », ammessa nei limiti dell'interesse o danno sofferto, da distinguersi dalla pena privata in senso proprio, ammessa in *toto* purchè non in frode al divieto dell'usura. Ma, anche qui, il fondamento delle distinzioni, se non dei limiti, è l'intento delle parti. Cfr. su tutto ciò, FLINIAUX, *op. cit.*, pag. 238 segg.

(10) Cfr. il mio art. *Sulla c.d. causalità giuridica,* cit. sopra a nota 5. Criterio oggettivo di limitazione è anche l'equità nell'art. 1226 c. civ. it. e, per i c. d. danni morali, nell'art. 222 c. civ. egiz.

(11) POLACCO, *Obbligazioni,* p. 609 segg.; PLANIOL, *Traité pratique,* cit., VII, n. 867. Il caso è previsto anche dal § 343 c. civ. germanico, in quanto esso per giudicare dell'eccessività della penale, impone di tener conto non soltanto dell'interesse patrimoniale, ma di ogni interesse legittimo del creditore (caso in cui quel *plus* sia destinato a compensare la lesione di questo interesse normalmente non risarcibile).

Cfr. anche App. Bari, 28-6-1949, Mancini c. Lucarelli, Rep. *Foro it.,* 1950,

primo risarcimento, gli si debba pagare altra somma (sempre a titolo di risarcimento), espediente, quest'ultimo, poco pratico.

Potrebbe anche darsi che per una prestazione non suscettibile in un dato ordinamento della sanzione del risarcimento del danno (prestazione atipica nel senso di cui *infra sub* 4°), l'ordinamento stesso offra tuttavia altre sanzioni possibili: come l'esecuzione in forma specifica o altre ancora, le *astreintes,* la condanna morale, ecc. Lo stipulante, che non voglia affidarsi a queste sanzioni, potrebbe crearne un'altra mediante una clausola penale (avente uno scopo satisfattivo dell'interesse leso) (12).

Se egli vuol cumulare le due sanzioni, sorgerà il problema di vedere se ciò sia ammesso (v. art. 1383 c. civ. ital. e *infra sub* 3°).

Si prenda l'esempio dell'obbligazione di consegnare una lettera familiare o un quadro avente un puro valore affettivo: le sanzioni dell'esecuzione in forma specifica e anche del risarcimento dei danni o altre, in astratto possibili, possono non sembrare sufficienti allo stipulante e indurlo a provvedersi mediante una clausola penale, sempre avente carattere satisfattivo dell'interesse leso.

In tutti i casi qui menzionati *sub* 2° la liquidazione (sia del danno legalmente da risarcire che dell'altro, o anche solo di quest'ultimo) è di solito a *forfait*; anzi, lo è necessariamente pel danno che non si debba legalmente risarcire. Sulle possibilità di prova e controprova v. sopra *sub* 1°, tenuto presente che per quest'ultima

---

voce Obbl. e contratti n. 215-217; Cassaz. 30-3-1951, Lombardo cr. Galo, Rep. e voce cit., 1951, n. 227.

Casi frequenti sono quelli della penale a garanzia di clausole particolari circa il luogo o altre modalità della prestazione: cfr. POLACCO, *Obbligaz.*, p. 613.

(Per certe modalità, non essendo possibile praticamente alcuna sanzione, la clausola potrebbe aver la funzione menzionata *infra sub* 4°).

Tuttavia distinguere la funzione in esame da quella di cui sopra *sub* 1°, non è facile, sia perchè si tratta di una questione di intento, sia per l'elasticità dei criteri legali di determinazione del danno normalmente risarcibile.

(12) Ciò può verificarsi anche per le *astreintes,* intese come pene giudiziali (v. *infra* nota 19); nel qual caso si potrebbe anche avere sostituzione di una pena privata non avente carattere satisfattivo (v. *infra sub* 3°) ad una pena giudiziale.

specie di danno la prova o controprova non è in genere ammessa ad evitare questioni di soluzione quasi impossibile. Ma l'eliminazione di tali possibilità, nell'intento delle parti, non dovrà essere diretta a creare una pena, altrimenti si cade nel caso di che *infra sub* 3°.

3°) *Creazione convenzionale di una sanzione a carattere non satisfattivo, ma penale* (*pena privata*). Questo caso può presentarsi sia quando l'ordinamento giuridico già predispone qualche sanzione, ma la clausola non ha scopo satisfattivo (nel qual caso può sorgere il problema del cumulo); sia quando nessuna sanzione è predisposta (v. *infra sub* 4° specie nota 20). La clausola potrà avere questo scopo penale in tutto o in parte.

La funzione propriamente penale o di cosidetta pena privata sorge soltanto in quanto, *secondo l'intento delle parti,* la clausola non è destinata o per la parte in cui non è destinata alla funzione di risarcimento o satisfattiva.

Distinguere quando vi sia quest'intento o fino a qual punto vi sia, è questione tutt'altro che facile da risolvere in concreto (v. anche sopra nota 9). La soluzione è abbastanza chiara, quando, caso non raro, si stabilisca che la penale deve essere pagata ad un terzo, cui nulla è dovuto, per esempio, ad un'opera di beneficenza (13). E può essere chiara, quando oggetto della penale è una cosa che interessa al debitore e non interessa affatto al creditore (14): qui lo scopo di privare il debitore di un bene rivela la funzione punitiva della clausola. Ma anche da altri criteri

---

(13) V. anche nota 18 bis. Si tratterebbe, in tal caso, di un contratto a favore di terzi, in cui lo stipulante ha un ovvio interesse, perchè la penale, stipulata a favore del terzo, ha lo scopo di sanzionare un'obbligazione contratta verso lo stipulante medesimo.

(14) Com'è noto, la clausola penale può avere ad oggetto una prestazione diversa dal dare una somma di danaro: cfr. SAVIGNY, *Obligations*, cit., § 80; PLANIOL, *opp. e locc. citt.*; art. 1226 c. civ. francese; 1382 c. civ. ital. ecc.; e più chiaramente, il § 342 c. civ. germanico. Ma è molto dubbio se la penale possa imporre la mera distruzione di un bene del debitore. Almeno, è questione di limiti (v. sopra § 19 *sub c*, 4).

oggettivi, però meno sicuri, può risultare l'intento di pena privata: così, quando il *quantum* stabilito nella clausola è eccessivo come risarcimento nei normali rapporti (15): può essere il caso delle cosidette «comminatorie», equivalenti ad una *astreinte* convenzionale, quando l'ammontare da pagarsi per ogni giorno di ritardo rivela chiaramente lo scopo di pena privata, almeno in gran parte (15 bis).

Altri casi, frequenti nella pratica, in cui la clausola ha funzione di pena privata in senso stretto si possono avere:

— «quando si commina una penalità per la parte che avrà dato occasione di ricorso alle vie giudiziarie per l'esecuzione del relativo contratto» (16), o addirittura per la parte che avrà impugnato giudizialmente un atto (17).

— nei capitolati d'oneri per la messa all'asta di contratti da parte di enti pubblici, quando si imponga un deposito per spese d'asta e a titolo di cauzione, che sarà incamerato dall'ente, se il deliberatario non stipulerà il contratto entro un certo termine dall'invito, e si aggiunga che resta salvo, inoltre, il diritto al risarcimento dei danni (18).

---

(15) PLANIOL, *op. cit.*, VII, n. 867.

(15 bis) Cfr. PLANIOL, *op. e loc. cit.*; BARASSI, *op. cit.*, III, n. 354, p. 482. Il MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm. cit.*, II, § 119 n. 9 sembra mettere in dubbio soltanto l'ammissibilità nel nostro diritto di una *astreinte* giudiziale, esclusa in genere dai nostri autori.

(16) Cfr. App. Torino, 28-12-1928, Quendoz cr. Quendoz, *Foro Subalp.*, 1929, 890; sentenza la quale afferma che la clausola non equivale ad un divieto di adire le vie giudiziali (su di che v. nota 17), ma ad una pena pel caso di inadempienza.

(17) D. 45, I, 122 § 6. Cfr. POTHIER, *Traité des oblig.*, cit., n. 348, il quale sostiene che non si ha qui il cumulo fra l'obbligazione principale e la pena (il che è esatto). Ma oggi la clausola potrebbe esser nulla sotto il profilo di un divieto di adire la giustizia o di difendersi in giudizio (a prescindere dal merito delle difese). Vi si potrebbe anche vedere un surrogato dei danni per lite temeraria.

(18) Cfr. Cass. 15-7-1929, Faenzi cr. Opera Pia Veralli Cortesi Todi, *Foro Amm.*, 1929, II, 224. Contro l'eccezione del deliberatario Faenzi (che, cioè, non si può cumulare la cauzione e i danni e che non vi erano state spese

— nelle cosidette multe o ammende contrattuali per l'inosservanza di norme regolamentari, ad es. nel contratto di lavoro, al fine di mantenere una certa disciplina e senza che l'inosservanza determini in modo certo alcun danno (ad es. non fumare) (18 bis).

In tutti questi casi si ha una pena privata, in senso proprio, come quella che ha per iscopo *soltanto* di premere sulla volontà del debitore per indurlo ad adempiere. Se di clausola penale o di pena in senso proprio si vuol parlare, questo termine spetta soltanto al caso che stiamo qui esaminando *sub* 3°. Non sembra esatto dire

d'asta per non essersi fatto il contratto) la Corte osserva: « Il ricorrente (Faenzi) è in errore. Basta il riflesso che, fossero o non fossero gravi queste clausole, chiarissime per sè, esse erano note al Prof. Faenzi, e furono da lui liberamente accettate ». Si tratta, dice la Corte, di clausole consuete; e, quanto alla obbligazione di risarcire il danno integralmente, continua la Corte: « è noto che sebbene di solito la clausola penale sia considerata come preventiva liquidazione del danno, non è vietato che le parti la considerino *esclusivamente* come *sanzione,* rimanendo così integro il diritto alla prestazione e di conseguenza ai danni che la prestazione sostituiscono ». « Non si tratta di raddoppiamento dello stesso titolo, ma di due titoli diversi, che, sebbene diretti al medesimo fine (sanzione), possono coesistere, perchè permessi entrambi dal capov. dell'art. 1212 (cod. civ. 1865) ».

Secondo questa sentenza, cui aderiamo, il divieto del cumulo, contenuto anche nel codice del 1865, concerne soltanto il cumulo della prestazione principale con un c.d. penale avente lo scopo del risarcimento del danno, e non la penale avente altro scopo (pena privata), come nel caso deciso, in cui la penale presuppone che la prestazione principale (stipulazione del contratto) non venga eseguita. In questo secondo caso, si avrà cumulo della pena privata con la sanzione del risarcimento del danno (integrale secondo i criteri normali); cumulo, che non è vietato, se è ammesso che oltre il risarcimento normale si possa pretendere un *plus* (v. supra *sub* 2°). Nè sembra si possa distinguere fra il caso in cui questo *plus* rappresenti un ulteriore risarcimento (non dovuto secondo i normali criteri) e il caso in cui rappresenti una pena privata, v. anche *infra sub b.*

(18 bis) Cfr. BARASSI, *op. cit.,* III, n .354, p. 482-483, che considera questo caso come pena privata di carattere preventivo (rispetto ad un danno eventuale), come nelle contravvenzioni penali. E fa rientrare questo caso nel concetto lato di clausola penale, ammesso dalla legge.

Egli considera, come pura pena privata ammessa, anche quella da prestarsi ad un terzo, cui nulla è dovuto: ad es. ad un'opera di beneficenza: *op. e loc. citt.*

che anche negli altri casi, menzionati sopra *sub* 1° e 2°, concorre lo scopo di pena, in quanto la clausola, comminando la sanzione (rafforzata) del risarcimento del danno, eserciterebbe quella pressione per l'adempimento. Infatti in quei casi la clausola ha sì questo effetto di pressione, ma esso non è che un effetto o uno scopo indiretto o secondario; tanto è vero che analogo effetto ha anche la sanzione normale o legale del risarcimento del danno; e, comunque, dato il valore di surrogato della prestazione che ha il risarcimento, pel creditore lo scopo di pressione è piuttosto generico e indifferente rispetto al risarcimento stesso. Che i nostri codici considerino anche questi casi sotto il titolo di clausola penale, è dovuto ad una lunga tradizione, nonchè, probabilmente, alle cennate difficoltà di distinguere la clausola con intento di pena o, nel seno di una stessa clausola, l'intento parzialmente penale da quello parzialmente di risarcimento.

4°) *Creazione convenzionale di una sanzione assolutamente mancante nell'ordinamento giuridico, per cui la promessa, senza la clausola, resterebbe priva di sanzione.* Fin qui abbiamo esaminato dei casi in cui l'ordinamento giuridico offre una sanzione per la promessa (risarcimento del danno, esecuzione in forma specifica, *astreintes giudiziali* ecc.). Ma, come abbiamo accennato in principio del presente §, vi sono delle promesse che, in dati ordinamenti giuridici, mancano di sanzione a causa del carattere della prestazione promessa o, meglio, dell'interesse che vi ha il creditore.

Si tratta dei contratti atipici nel senso sopra menzionato (v. nota 2), per quei sistemi che non ammettono il risarcimento dei c. d. danni morali e quando, pur essendo ammessa in astratto la sanzione dell'esecuzione in forma specifica (es. consegna di una lettera familiare, distruzione del fatto), questa non è pensabile in concreto, nè altra sanzione è prevista dall'ordinamento giuridico (19).

(19) Su questa funzione della clausola di fornire un'azione a chi altrimenti non l'avrebbe, cfr. PLANIOL, *Traité pratique* cit., VII, n. 867 in fine, il quale tuttavia afferma che qui la clausola *sort de son office normal.*

V. sopra § 20 *sub a.* La clausola non può dunque avere questa funzione,

Allora, come ne dice il Pothier, «*le débiteur peut impunément ne pas exécuter sa promesse*»; e, per usare il suo linguaggio, la clausola penale fa diventare «civile» un'obbligazione che senza di essa era «naturale» (in senso lato): *Traité des Oblig.*, n. 138-140.

Distinguere questo caso dagli altri di che sopra sub 1°, 2°, e 3° è abbastanza facile, dato che qui il criterio distintivo non è quello soggettivo dell'intento delle parti, ma quello oggettivo della mancanza assoluta di una sanzione.

Tuttavia la clausola penale in questo caso potrebbe avere uno scopo satisfattivo dell'interesse leso (20) o anche lo scopo penale o di vera pena privata (v. sopra *sub* 3°). Ed ecco che le difficoltà di un criterio soggettivo rinascono nell'interno dello stesso caso (se non rispetto ai casi di che sopra *sub* 1°, 2° e 3°), per distinguere l'intento di pena da quello satisfattivo.

---

allorchè in simili casi si ammette la sanzione del risarcimento dei c.d. danni morali (come pare per l'art. 222 c. civ. egiz.); o della condanna giudiziale come sanzione morale (Demogue, *Traité des oblig.*, cit., II, n. 759): o la sanzione dei *nominal damages* (v. *infra* § 33); o quella delle francesi *astreintes* giudiziali. Tuttavia in quest'ultimo caso la clausola penale può essere diretta a *rafforzare,* nel sostituirle, le *astreintes* giudiziali (cfr. Planiol, *Traité pratique,* cit., VII n. 876): si tratta allora della funzione menzionata sopra *sub* 2° nota 12.

V. anche Barassi cit. a nota 20.

(20) A questo proposito è da tener presente che colui, il quale si fa promettere una prestazione del tutto atipica o «strana», vi ha sempre un interesse, sia pure atipico o «singolare» (v. § 20 *sub a*); altrimenti si tratterebbe di un pazzo. Sicchè anche in questi casi la penale, che debba essere pagata allo stesso promissario (v. sopra *sub* 3°), presenta, normalmente e almeno in parte, uno scopo satisfattivo o di riparazione di quell'interesse leso. E ciò per il compenso che un bene economico può rappresentare rispetto ad una sofferenza di carattere non economico o non tipicamente economico.

Il Barassi, *op. cit.*, III, n. 354, p. 483, nei casi in cui il creditore abbia un interesse più morale che economico all'adempimento dell'obbligazione, e in quanto sarebbe qui impossibile la sanzione (legale!) del risarcimento dei danni, vede nella clausola penale sempre una pena privata, come mezzo di pressione per ottenere l'adempimento (v. sopra *sub* 3°). Ma quanto si è testè detto mostra che la clausola può anche avere scopo satisfattivo: e il Barassi considera inesattamente come risarcimento soltanto quello del danno patrimoniale previsto dalla legge.

Gli esempi pratici di clausola penale, avente la cennata funzione creativa di una sanzione mancante, sono tutt'altro che infrequenti (21). Ma il caso classico che viene invocato è quello del contratto a favore di terzi, quando lo stipulante voglia provvedersi di una sanzione contro il promittente, se egli non può ottenere che questi esegua in forma specifica la prestazione al terzo (v. § 20 nota 7) (22).

Oltre alle varie funzioni sopra menzionate, la clausola penale può avere *anche* quella, assai importante nei contratti atipici, di indice della volontà di assumere un'obbligazione sul piano giuridico (23).

E' da notare che tutte le summenzionate funzioni la clausola penale esplica in particolare nei contratti a titolo oneroso o almeno in quelli « intéressés » (v. sopra § 16), poichè è raro che da chi pro-

(21) Si considerino, fra gli altri:

— I casi menzionati al § 3 nota 3.

— La promessa, sotto clausola penale, fatta dal marito alla moglie di non riavvicinarsi alla concubina: D. 45, I, 121 § 1 (su questo testo v. SAVIGNY, *Obligations,* cit. § 80 nota y). Cfr. anche i testi romani cit. sopra a nota 1 sulla convenienza della clausola penale in generale pei casi di mancanza di un interesse patrimoniale.

— Il caso menzionato dal Pothier: penale per la promessa di non giocare a carte, v. sopra § 5 *sub. b.*

— Il caso, menzionato dallo stesso Pothier, *Traité des Oblig.,* cit., n. 339, deciso dal Parlamento di Bretagna: il parente di un canonico, che aveva offeso il Vescovo di Saint-Malo, aveva promesso al Vescovo, sotto la clausola penale di 300 lire, che il canonico non si sarebbe fatto vedere per quattro mesi nella città (ove il fatto che si tratti della promessa del contegno di un terzo non ha importanza nella nostra questione).

— Il caso Société Cultuelle - Barouk: v. vol. II, Casistica.

— Il caso Casciabanca cr. Triggiani, Trib. Bari, 5-6-1928, *Corte Bari,* 1929, 101 (Rep. *Foro it.,* 1929, voce obbligaz. e contratti n. 82): impegno, sotto clausola penale, di far sposare il proprio figlio ad una fanciulla, nonchè di dare l'assenso nel caso che il figlio sia di età inferiore ai 25 anni (convenzione giudicata nulla dal punto di vista dell'illiceità).

(22) Cfr. i testi romani cit. a nota 1; POTHIER, *op. cit.,* n. 339 con rinvio ai n. 54-55; PLANIOL, *Traité pratique,* cit., VII, n. 867 in fine.

(23) V. sopra § 14 e POTHIER, *Traité des oblig.* cit., n. 339 con rinvio al n. 56.

mette a titolo gratuito si possa ottenere l'aggiunta di una clausola penale (v. tuttavia un accenno in POTHIER, *op. cit.*, n. 345).

Dalle cose dette risulta anche che, quanto alle funzioni della clausola penale, conviene distinguere fra: promesse di una prestazione non rappresentante un interesse tipicamente economico per il creditore (o, come le abbiamo chiamate, promesse o contratti atipici) e contratti tipici o di scambio tipicamente economico. La funzione della clausola è o può essere diversa nei due casi. Nel secondo, infatti, non è pensabile la funzione sopra accennata *sub* 4°; e, d'altro lato, per gli interessi tipicamente economici v'è un metro oggettivo (più o meno elastico), per misurare il danno risarcibile e così, ove occorra, per controllare l'eccessività della clausola, sia pel caso sopra indicato *sub* 1° che per quello *sub* 2°. Invece nel campo delle prestazioni non rappresentanti un interesse suscettibile di valutazione economica, questo metro oggettivo si riduce all'equità; e per giudicare, ove occorra, dell'eccessività della clausola si deve tener conto anche di interessi « morali », strettamente soggettivi o atipici (24) (il che, per vero, avviene anche pei contratti tipici, nel caso menzionato sopra *sub* 4°, quando si voglia ridurre la clausola nella sua funzione esclusivamente penale; v. *infra sub* b, 2°).

b) *Il problema della cosidetta autonomia dei contraenti o del valore del nudo consenso* (v. § 6).

Poichè la clausola penale è diretta a rafforzare o a creare una sanzione, i problemi che si presentano sono i seguenti:

1°) Si può convenzionalmente rafforzare o addirittura creare una sanzione nei vari sensi sopra delineati *sub a*?

2°) In caso di risposta affermativa, la clausola dev'essere esattamente adempiuta, oppure essa può valere soltanto entro certi limiti e quali e per quali ragioni?

1°) Il primo problema è assai delicato, in quanto, almeno

(24) Così espressamente il § 343 cod. civ. germanico.

oggi, esso potrebbe prospettarsi addirittura sotto il profilo della liceità delle clausole in esame, quando si ritenga che il sistema delle sanzioni, sul quale le clausole stesse incidono, è di ordine pubblico.

Ora, quanto al problema del rafforzamento convenzionale di una sanzione legale mediante la preventiva liquidazione del danno (v. *sub a* n. 1°), esso sembra risolto affermativamente nei nostri sistemi giuridici (25); e ciò, benchè l'esenzione pel creditore dall'onere di provare il danno e, se del caso, il carattere di *forfait* possano incidere profondamente sul sistema delle sanzioni legali.

Più delicato è il problema della creazione convenzionale di una sanzione.

Nel diritto romano esso, nei tre sensi di cui *sub a* n. 2°, 3° e 4° è senz'altro risolto affermativamente. Anche nel diritto comune la soluzione era affermativa.

Altrettanto vale pel diritto francese e per quelli svizzero e tedesco (26).

---

(25) Non v'è dubbio pel diritto romano. *A fortiori* se erano ammessi la pura pena privata, il cumulo, ecc., si escludeva ogni indagine sull'eccessività ecc. (v. *infra*).

I codici di *civil law* ammettono la clausola in questo senso, facendola rientrare più o meno nel concetto o termine di clausola penale (v. sopra *sub a*, 1°, in fine e nota 7). L'ammette anche la *common law*, v. *infra* § 33.

(26) Pel diritto romano v. nota prec. e note 1, 21 e 22, casi che abbracciano praticamente tutti quelli menzionati *sub a* n. 2, 3 e 4. Cfr. anche SAVIGNY, *op. e loc. cit.* specie p. 440.

Quanto al diritto comune: v. note 3, 8, 9; e cfr. FLINIAUX, *op. ivi cit.*; POTHIER, *cit.* sopra a note 8, 17, 21, 22.

Quanto al diritto francese, v. sopra note 8, 11, 15, 15 bis, 19, 21 e 22. Altrettanto valeva sotto il vecchio cod. civ. ital.

Per il diritto svizzero, v. artt. 160 segg. cod. obbligaz. e i relativi commenti. Per il diritto germanico, v. § 339, 340, 341 e 343 cod. civ., dai quali risulta che la clausola può anche riguardare casi, in cui non v'è danno (mera funzione di pena) e in cui l'interesse dello stipulante non ha carattere patrimoniale o, comunque, eccede il normale risarcimento. V., del resto, quanto si dirà a proposito del diritto italiano.

Dubbi può presentare l'art. 224 c. civ. egiz. rispetto al caso di cui sopra *sub a* n. 3 (pura pena): « *Les dommages-intérêts conventionnels ne sont pas dus, si le débiteur établit que le créancier n'a point subi de préjudice* ». Ma

Quanto alla *common law* v. *infra* § 33.

Rispetto al nuovo codice civ. italiano:

— Quanto al caso menzionato sopra *sub a* n. 2°, dall'art. 1384 c. civ. risulta che l'ammontare della « penale » può superare, anche nell'intento delle parti al momento della stipulazione (27), il danno risarcibile secondo le regole in materia (art. 1223 e segg.). Sicchè l'unico problema è quello di ridurre, ma non di eliminare questo *plus;* di ridurlo in equità, cioè quando sia « manifestamente eccessivo ». Del resto, nessuno lo contrasta (per la giurisprudenza, v. nota 11).

— Quanto al caso di cui sopra *sub a* n. 3 — scopo di pura pena privata — non si vede perchè esso non debba essere ammesso (28), una volta che il *plus* testè menzionato, il quale potrebbe anche avere scopo penale, non può essere eliminato, ma soltanto ridotto; e una volta che questa riduzione va fatta soltanto per evitare l'usura (quanto all'intento delle parti) o la sproporzione eccessiva. Del resto, l'art. 1382 non esclude che la prestazione prevista nella clausola possa essere di quelle che oggettivamente mostrano il

---

probabilmente quest'articolo, come gli articoli 223 e 225, non considera il caso di clausola avente lo scopo di pura pena, rispetto al quale esula la funzione di liquidazione convenzionale del danno. O potrebbe l'articolo voler dire che non si può applicare la pena, quando il creditore non ha un interesse di un certo peso alla prestazione (v. § 20 *sub b* e il presente § *sub b*. 2°).

(27) La stessa Relaz. del Guardasigilli sugli art. 1382 segg., n. 632, mirando a colpire una clausola penale affetta da usura, allude all'intento dei contraenti al momento della stipulazione; intento che può essere diretto a stabilire un danno risarcibile superiore a quello dovuto in base ai normali criteri (a parte l'usura).

(28) Invece la Relaz. del Guardasigilli agli art. 1382 segg., n. 632, dice: « Nell'art. 1382 non si allude alla funzione coercitiva che alla clausola assegnava l'art. 1209 c. civ. 1865, perchè tale funzione è solo indirettamente esercitata dalla penale, mentre la coazione all'adempimento viene dall'obbligo di risarcire il danno di cui la clausola agevola l'esecuzione: la agevola evitando la prova del danno: art. 1382 secondo comma ».

Ma questo passo sta in contrasto con quanto si è detto a proposito del caso esaminato *sub a*, 3°; con la ammissibilità di una penale pel caso *sub a*, 4° (v. la stessa Relaz. del Guardasigilli n. 557); nonchè con le osservazioni fatte a proposito del contratto a favore di terzi; v. nota 22.

carattere puramente penale della clausola stessa; ad es., penale da pagarsi ad un terzo cui nulla è dovuto (v. sopra *sub a* n. 3). La giurisprudenza e la dottrina ammettono una clausola puramente penale, come ammettono le comminatorie, le ammende o multe disciplinari e altre clausole aventi scopo puramente penale (29).

— Anche il caso menzionato sopra *sub a* n. 4° non dovrebbe sollevare dubbi. Se, leggendo gli artt. 1382 segg. può trarsene l'impressione che essi si riferiscano ad un danno patrimoniale (il solo considerato dagli artt. 1223 segg.), si tratta di mera apparenza. In realtà, come abbiamo visto, si ammette anche da noi una clausola penale per rendere possibile una sanzione, quando l'interesse del creditore non è patrimoniale o tipicamente economico (v. § 20 *sub a,* note 3 e 5, la Relaz. del Guardasigilli all'art. 1174 n. 557 e le note 18 bis a 20 di questo §).

2°) Com'è noto, il secondo problema — riducibilità della penale (in senso lato) — è risolto in senso negativo nel diritto romano, in quello francese e nel cod. civ. ital. del 1865 (ma per la giurisprudenza francese v. il caso Société Cultuelle - Barouk nel vol. II). Nel diritto comune esso è discusso, ma risolto prevalentemente in senso affermativo (30).

Tale è pure la soluzione del cod. civ. austriaco (§ 1336); del vigente cod. civ. ital. (art. 1384); del cod. civ. germanico (§ 343); del cod. svizzero obbligaz. (art. 163); del cod. civ. egiz. (art. 224). Si veggano anche le regole in materia di vendita con riserva di proprietà (art. 1526 c. civ. it.; 227 svizzero, ecc.).

---

(29) Per la giurisprudenza cfr. la sentenza citata a nota 18 nonchè App. Bari 28-6-1949 cit. a nota 11 (che afferma la validità della penale indipendentemente dalla effettività del danno) e Cass. 30-3-1951 pure cit. a nota 11. Cfr. anche App. Napoli 30-4-1946, Paciello cr. Fusano, Rep. *Foro it.,* 1947, voce obbligaz. e contratti, n. 188, per cui la clausola penale, anche se manifestamente eccessiva, può esser ridotta, ma non mai eliminata, sicchè il *quid* non eliminabile potrebbe rappresentare appunto una pena.

Quanto all'ammissibilità delle comminatorie, delle ammende disciplinari e delle pene private in genere, specie pel caso di c.d. interessi morali del creditore o di penale da prestarsi ad un terzo, cfr. Barassi cit. alle note 15 bis, 18 bis e 20.

(30) Cfr. Fliniaux, *op. cit.*; Pothier, *Traité des oblig.* cit., n. 345.

La riducibilità concerne tutti e quattro i tipi di clausole considerati sopra *sub a* (quello di cui *sub a* 1°, ovviamente pel solo caso di liquidazione *a forfait*).

Si tratta di una riduzione in equità ad opera del giudice (più o meno su richiesta del debitore: v. art. succitati), quando l'ammontare della penale risulta «manifestamente eccessivo», «*hors de toute proportion*» «*excessivement exagéré*» e simili.

Riducibile è la penale (in senso lato), ma non eliminabile (v. tuttavia pel diritto egiziano sopra nota 26).

L'eccessività si stabilisce in via equitativa, avuto riguardo a tutti gli elementi che in un simile giudizio possono concorrere: l'importanza dell'inadempimento; il dolo o la sola colpa; l'interesse che il creditore ha all'adempimento (interesse anche non patrimoniale e anche al di là dei termini dell'art. 1223 c. civ. ital. e simili); il peso dell'obbligazione pel debitore, ecc.

Bisogna considerare questi elementi (e specialmente l'interesse del creditore) al momento dell'applicazione della clausola e non al momento della sua stipulazione (v. anche § 20 *sub b*); sicchè inesatto sembra il nostro art. 1384, il quale parla dell'interesse che il creditore «*aveva*» all'adempimento. Se l'ammontare della clausola era eccessivo al momento della stipulazione, ma non lo è al momento dell'applicazione, ciò significa che vi fu errore di previsione o cautela da parte del creditore; e, comunque, conviene tener conto soltanto del momento dell'applicazione, sia perchè siamo nel campo dell'equità, sia in considerazione della ragione della riducibilità che è anche quella di un certo rapporto di proporzione o *cause juste*, come tosto diremo (31).

Più difficile è il giudizio sulla riducibilità, quando l'interesse

(31) L'ipotesi di riducibilità sarà più rara nel caso in cui l'intento delle parti fosse diretto alla pura liquidazione convenzionale (*a forfait*) del danno normalmente da risarcire secondo le regole legali: v. sopra *sub a* n. 1. Qui infatti l'ipotesi, a parte l'usura o lo sfruttamento di stato di bisogno, sarà normalmente quella (rara) di un grave errore di previsione rispetto al danno effettivamente risultante al momento dell'applicazione della clausola: errore talmente grave, da determinare l'eccessività manifesta.

del creditore non è patrimoniale (v. sopra *sub a* n. 4), dato che si tratta allora di un interesse atipico o singolare: v. sopra *sub a* in fine. Prima di ridurre la penale, il giudice dovrà andare molto cauto (v. anche § 343 c. civ. germanico).

Tutto quanto si è detto si applica anche al caso di clausola avente la funzione di pura pena privata (v. sopra *sub a* n. 3). Anche la pena (privata), infatti, può essere eccessiva rispetto allo scopo di sanzionare penalmente un'obbligazione. Qui l'eccessività dovrà essere giudicata in funzione di tale scopo e non di quello satisfattivo o di risarcimento. Questo giudizio sarà perciò ancora più elastico o « equitativo », dato anche che in genere si tratterà di un interesse non patrimoniale del creditore o di casi in cui non v'è un danno liquidabile (ammende disciplinari, ecc.). Ma all'uopo converrà sempre tener conto dei suaccennati elementi, ivi compreso l'interesse, anche morale, del creditore.

Resta ora da vedere qual'è il fondamento della riducibilità.

Secondo una corrente, che data dalle preoccupazioni del diritto canonico e comune per l'usura, il fondamento sarebbe l'usura o lo sfruttamento di uno stato di bisogno del debitore, cioè, in certo senso, un vizio del consenso come mancanza di libertà del volere (32).

Ad un vizio del volere, sotto l'aspetto dell'errore o di una leggerezza o illusione del debitore, si riferisce un'altra corrente che fa capo al Pothier (33).

Si tratterebbe in definitiva della protezione del contraente (pre-

(32) Cfr. FLINIAUX, *op. cit.* All'usura allude anche la Relaz. del Guardasigilli sull'art. 1384 c. civ. ital., n. 632. Cfr. anche la sentenza della Cassaz. 30-3-1951 cit. sopra a nota 11.

(33) POTHIER, *Traité des oblig.*, n. 345: « *Lorsqu'un débiteur se soumet à une peine excessive, en cas d'inexécution de l'obligation primitive qu'il contracte, il y a lieu de présumer que c'est la fausse confiance qu'il a qu'il ne manquera pas à cette obligation primitive, qui le porte à se soumettre à une peine aussi excessive; qu'il croit ne s'engager à rien en s'y soumettant; et qu'il est dans la disposition de ne pas s'y soumettre, s'il croyait que le cas de cette peine pût arriver; qu'ainsi le consentement qu'il donne à l'obligation d'une peine aussi excessive, étant un consentement fondé sur une erreur et sur une*

sunto) più debole: e di questa tendenza resta traccia nei codici che, pur ammettendo la riducibilità, non ammettono l'aumentabilità, salvo che il creditore siasi provveduto con patto espresso (34). Tali correnti si riallacciano anche alla concezione della *cause plausible*, o non fuori di ogni proporzione, come prova di una volontà libera del promittente (libera da *sospetti* di coazione o di errori generici). Concezione che data dai canonisti e risorge talvolta nella giurisprudenza francese (v. *infra* § 23), benchè, strano a dirsi, tale giurisprudenza, sulle orme del cod. nap., ha negato l'applicazione della concezione stessa proprio nel caso della clausola penale, ove i pericoli di quei vizi generici del volere si fanno maggiormente sentire (35).

Ma, per quanto queste correnti abbiano storicamente influito nella formazione della regola circa la riducibilità della penale, crediamo che oggi il fondamento ne sia un altro.

Infatti la riducibilità si applica anche se risulta che non vi sono stati usura, sfruttamento di bisogno o vizi, in senso generico, del volere. Come s'è detto, si considera soltanto il momento di applicazione della clausola, per vedere se v'è sproporzione enorme o eccesso (e ciò a prescindere dalle disposizioni di quei codici che ammettono anche l'aumentabilità a favore del creditore: v. nota 34).

Il fondamento sta quindi nell'esigenza di una proporzione, come criterio oggettivo di giustizia o, appunto, di « proporzione ». Non si tratta precisamente di un'analogia con un preteso principio

---

illusion qu'il se fait, n'est pas un consentement valable ». (v. anche *infra* § 23). Ma nello stesso luogo il Pothier fonda la riducibilità anche su un'esigenza di equità o di giustizia, per evitare un ingiusto arricchimento, nonchè sulla (pretesa) natura della pena come risarcimento.

L'idea di un vizio d'errore riaffiorò anche nei lavori prep. del cod. nap., ma venne scartata come fu scartata la riducibilità.

(34) Così l'art. 1382 cod. civ. ital. *Contra*: POTHIER, *op. e loc. cit.*; § 340 cod. civ. germanico; art. 161 c. svizzero obblig.; art. 225 cod. civ. egiz.

(35) V. tuttavia nel vol. II il caso Société Cultuelle cr. Barouk Bittoum, ove il giudice, per ridurre la penale, ha adottato l'espediente di una pretesa interpretazione della volontà dei contraenti fondata su una *cause plausible* o normale (v. anche § 23).

della giustizia commutativa, che dovrebbe regnare nei contratti a titolo oneroso, come proporzione fra prestazione e controprestazione (36) (e ciò benchè la promessa di fare qualcosa a titolo di risarcimento o di sanzione non possa considerarsi a titolo gratuito, dato che, dal lato del creditore, v'è, se non un sacrificio, una sofferenza, anche generica, a seguito dell'inadempimento).

Abbiamo visto, infatti, che nei contratti a titolo oneroso tipici non rileva l'oggettiva sproporzione fra le prestazioni (salvo il caso di sfruttamento di stato di bisogno, che non è più sproporzione oggettiva); mentre nei contratti atipici, ov'è un *dare*, l'esigenza di una *cause suffisante* si collega a quella della forma delle donazioni e alla diffidenza verso queste ultime (v. sopra § 8 e 10). E pure è proprio nei contratti a titolo oneroso che, come s'è accennato, trova maggiormente applicazione la clausola, con l'inerente riducibilità.

Piuttosto, si potrebbe invocare una certa analogia con il requisito di un interesse proporzionato del creditore rispetto al peso che l'obbligazione (a titolo gratuito) pone sul debitore: v. sopra § 20 *sub b*. E gli elementi per proporzionare sono quegli stessi cui abbiam visto si deve far ricorso per giudicare dell'eccessività delle clausole in esame. Ma nei casi menzionati sopra § 20 *sub b* si tratta di contratti a titolo gratuito e la sproporzione, che ivi acquista rilievo, non deve neppure essere eccessiva.

Sembra, dunque, che l'esigenza di giustizia o proporzione rispetto alle clausole in esame si fondi su una ragione particolare: e precisamente quella che mediante queste clausole si tratta di pattuire in materia di sanzioni e così di applicare una sanzione, sia pure convenzionale. La sanzione, nella sua determinazione e nella sua applicazione, è appunto un problema di proporzione o di giustizia; si può anzi dire che la giustizia è nell'essenza stessa della sanzione. Sicchè, quando questa in modo diretto o indiretto (*forfait*: v. sopra *sub a* 1°), è stabilita convenzionalmente, converrà sì aver riguardo al fatto che essa è stata stabilita o accettata dalla

(36) V. invece un accenno in questo senso, in POTHIER, *Traité des oblig. cit.*, n. 345 per la riducibilità della penale nei contratti commutativi.

libera volontà delle parti, specie del promittente; ma non avervi riguardo fino a tal punto da rispettare *in toto* una sanzione convenzionale che, per la sua eccessività o enorme sproporzione nel momento dell'applicazione, urti contro le più elementari esigenze di giustizia. Si ha anche qui in certo senso una *cause juste* o proporzionata, consistente nell'importanza dell'inadempimento (tenuto conto anche dell'eventuale dolo dell'inadempiente), nel peso dell'obbligazione pel debitore, nell'importanza dell'interesse del creditore o della sua lesione, ecc.

E poichè la riducibilità si applica anche nel caso di volontà libera del promittente, anzi la presuppone (chè, altrimenti, vi sono i rimedi dell'azione per violenza, dolo, lesione e simili), si può dire che la esigenza di proporzione o *cause juste* nelle clausole in esame rappresenta una limitazione al cosidetto principio della autonomia dei contraenti. Il quale principio è poi, in certo senso, quello del valore del patto nudo (37) o della *parole donnée,* inteso non come potere della volontà di obbligarsi, ma come potere del (futuro) creditore di porre un certo contenuto del patto o come suo affidamento sulle promesse del (futuro) debitore: v. sopra § 6.

In questo senso, come problema dell'autonomia dei contraenti, è stato infatti inteso quello della riducibilità delle clausole in esame (38).

---

(37) Com'è noto, nel diritto romano e anche in quello comune (finchè vigeva il regime del contratto formale), la clausola penale era riconosciuta in quanto rivestita della forma in uso (*stipulatio* o altra), o del carattere di *pactum adjectum* ad un contratto per sè già giuridicamente riconosciuto come tipo. Il principio del valore del puro consenso, sconosciuto a quei sistemi, farà sorgere i problemi esaminati in questo §, benchè già nel tardo diritto comune (e anche prima, nel diritto canonico) il timore dell'usura avesse determinato delle correnti per la limitazione della clausola penale.

(38) Al problema della c.d. autonomia dei contraenti si riferisce la Relaz. del Guardasigilli sull'art. 1384, n. 632. E allo stesso problema, per risolverlo nel senso della non riducibilità, si riferivano i lavori prep. del cod. civ. 1865: « Ammettere che il giudice possa variare le condizioni del contratto (cioè, ridurre la penale), è un voler surrogare la sua volontà al consenso dei contraenti, è una contraddizione manifesta alla regola proclamata da tutti i codici che: i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno

Ci sia consentita un'altra osservazione. La clausola penale non è eliminabile, ma solo riducibile (pel diritto egiziano v. sopra nota 26), anche quando essa serva per sanzionare le promesse di una prestazione cui il promissario non ha un interesse tipico o tipicamente economico (v. sopra *sub a* 4°, e § 20 *sub a*). Si deve tener conto, nell'applicare o ridurre la penale, anche di un interesse strettamente individuale o c. d. « capriccioso » del promissario. La riduzione, comunque, va fatta per ragioni di giustizia o proporzione, aventi un particolare valore in materia di patti sulla sanzione, e non per mancanza di funzione economico-sociale nel contratto sanzionato mediante la clausola.

Tutto ciò, sembra, dimostra un'altra volta quanto siano infondate le teorie della funzione economico-sociale e dell'interesse del creditore intese nel senso illustrato sopra al § 19 e al § 20 *sub a.*

Nè si dimentichi che la riduzione giudiziale della penale si opera soltanto su richiesta del debitore, salvo pel codice svizzero obblig«. (art. 163), che tuttavia non si può dire sia imbevuto di quelle teorie.

§ 22

L'equivoco del termine « causa »: gli artt. 1131 1132 c. civ. francese e simili. La causa come realizzazione dello scopo del contraente. L'atto astratto.

a) *L'equivoco del termine « causa ».*

Nel corso del nostro lavoro abbiamo spesso adoperato il ter-

fatti » (Relaz. Pisanelli sul Progetto del terzo libro del cod. civ., n. 146; GIANZANA, *Cod. civile,* I, 1887, p. 89-90).

Allo stesso principio, cioè al *pacta sunt servanda,* si richiamano PLANIOL, *Traité pratique,* cit., VII, n. 867; e tutti coloro che nella storia del diritto comune combatterono la riducibilità delle clausole in esame: cfr. FLINIAUX, *op. cit.,* pag. 243; POTHIER, *op. cit.,* n. 345, che richiama l'opinione di Azone. Cfr. anche Cassaz. 15-7-1929, cit. sopra a nota 18.

mine « causa » nel senso di *cause suffisante, raisonnable, plausible, juste,* di funzione economico-sociale e simili, alludendo ai problemi che abbiamo esaminato nei § 1-21: e precisamente, ora nel senso di una controprestazione presente o passata o di un dovere precedente che oggettivamente escludono, nelle obbligazioni di dare, lo schema formale-causale della donazione; ora nel senso di un complesso di circostanze che, sempre oggettivamente, mostrano la volontà di contrarre un vincolo sul piano giuridico o giustificano la responsabilità del promittente o una certa misura di essa. Nell'insieme la « causa » era qui un *vestimentum* del patto, e il problema era quello del valore del nudo patto.

Non abbiamo potuto esimerci dall'usare il termine « causa », *con quegli aggettivi,* perchè tale è la tradizione e l'uso secolare nell'alludere a quei problemi.

Sfortunatamente, il termine « causa » è uno dei più equivoci. Esso allude a svariati e assai diversi problemi. I quali sono tali e tanti, e così pieni di sfumature e di intrecci, che occorre spesso uno sforzo enorme e talvolta vano per capire a quale di quei problemi autori e testi vogliono riferirsi, quando parlano di « causa del contratto o dell'obbligazione » (v. note esplicative 1 e 2 in fine al presente paragrafo).

Talvolta, leggendo gli autori, si ha l'impressione che il problema si imposti in questi curiosi termini: « cosa è o cosa significa la causa del contratto » (invece di dire: in questo dato problema « causa » significa la tal cosa), come spesso avviene delle parole che, caricandosi di significato nella storia, acquistano un valore mistico (1).

---

(1) Così il BEAUDANT, (*Contrats et obligations,* cit., n. 127) ne dice che la dottrina è stata impotente a definire che cosa si intende *par le mot cause.* Analogamente l'Esmein, in PLANIOL, *Traité pratique* cit., VI, n. 249, p. 342.

Onde, sulle orme dell'Esmein, il Barcia Lopez nel suo *Rapport* nelle Giornate Franco-latino-americane aventi ad oggetto la causa (*Revue internationale de Droit comparé,* 1952, p. 512-513) afferma che il problema della causa è « *un pseudo problème, un problème de mots, dans lequel le désaccord, comme la pense M. Esmein, est plus de terminologie que de fond* ». Le divergenze

Altre volte, gli autori e i testi trattano, sotto il titolo « causa », di quegli svariati e diversi problemi, come se si trattasse di uno solo. Ove in realtà l'unificazione è data dalla terminologia, o dal fatto che il concetto che viene in considerazione, a *fini diversi,* è quello di scopo, movente, giustificazione o simili (senza dimenticare che ora s'intende lo scopo o la giustificazione della volontà del promittente, ora lo scopo o giustificazione della volontà della legge nel sanzionare il contratto). Ove è altrettanto evidente che non al mero concetto di scopo o movente si deve aver riguardo, il quale può venir considerato da diversi punti di vista o in funzione di diversi problemi, ma appunto ai diversi problemi in funzione dei quali esso viene in considerazione.

A queste impostazioni ha non poco contribuito l'atteggiamento dei nostri codici, i quali, salvo qualche eccezione (v., ad es. i codici libanese, louisiano, argentino, spagnolo, cui rinviamo) non stabiliscono cosa sia la « causa », ma si limitano a porre questo termine, rivestito di tanto prestigio, fra i requisiti essenziali del contratto; e, ancora, trattano sotto quel nome e in un unico articolo di problemi diversi.

Talchè, a voler trattare di questi diversi problemi, conviene non lasciarsi prendere nel vortice della parola « *causa* », come purtroppo è spesso avvenuto. Così è, ad esempio, delle annose discussioni se la causa sia stata intesa (nella storia, nei testi o nei codici) o debba intendersi oggi in senso oggettivo oppure in senso soggettivo (2);

---

sarebbero probabilmente generate da un equivoco terminologico e dalla confusione fra le molteplici applicazioni « *que peut avoir, dans des ordres très distincts, un concept en réalité unique, générique et très ample comme celui de cause, confusion conduisant à désigner avec un même mot des choses en réalité très différentes* ».

E ciò a proposito della « teoria classica » (assai oscura! v. *sopra* § 5) di Domat e Pothier, delle discussioni fra anti causalisti e neocausalisti, della causa come equivalenza fra le prestazioni (nota teoria del Maury). Ma poi lo stesso Barcia Lopez cade anch'egli in equivoci.

(2) Ove la concezione della causa in senso soggettivo allude ai problemi di che *infra sub b* e *sub c,* e quella della causa in senso oggettivo può alludere

e delle altrettanto annose controversie o diatribe fra causalisti e anticausalisti. Ove i sostenitori dell'una o dell'altra tesi alludono col termine « causa » a problemi diversi, e perciò mai si metteranno d'accordo (v. sopra nota 1 e note esplic. 1 e 2 in fine al presente §).

In particolare, e fra i tanti significati, il termine è stato usato a proposito dei problemi trattati nei §§ 1-21, di quelli *infra* accennati alle lettere *sub b* e segg., e di quello della liceità del contratto (art. 1108, 1131 c. civ. francese e simili). Problema, quest'ultimo, ancor più diverso dagli altri, benchè vi entri in gioco un concetto, spesso a tutti comune, quello di scopo, motivo, intento o interesse, dei contraenti: mentre, come s'è detto, non è al concetto che si deve aver riguardo, ma ai diversi problemi in funzione dei quali esso viene in considerazione (e a prescindere dal rilievo che il problema della liceità del contratto si può risolvere, forse meglio, come è stato risolto in certi ordinamenti giuridici, ad esempio svizzero e germanico, senza far ricorso al caso specifico di « causa » illecita, come scopo, intento ecc. dei contraenti, ma comprendendo, sotto il concetto di contratto illecito, i casi di c. d. oggetto, condizione, scopo ecc. illeciti, e così lasciando un più elastico potere di apprezzamento al giudice).

Noi non pretendiamo che quei vari problemi non vengano più indicati col termine « causa », o che questo venga riservato ad alcuno

---

magari ai problemi di che sopra § 1-21. Ma anche se la « causa » fosse stata intesa nei testi del diritto comune e nei codici in quel primo senso (come pare sia veramente pei codici francese e simili: v. *infra sub f*), ciò non eliminerebbe i problemi di cui ai § 1-21 e la soluzione ivi accennata che implica negazione del principio del nudo patto. Su queste discussioni circa la causa in senso soggettivo e in senso oggettivo, v. nota esplicativa n. 1 in fine al presente §; Mirabelli, ivi cit., nonchè: Capitant, *De la cause des obligations,* p. 114-151 (cito sempre l'ediz. 1923); Malvagna, *Il problema della causa dei contratti, Riv. dir. civ.,* 1934, p. 136 segg.; Battistoni, *La causa dei negozi giuridici - Dal diritto intermedio al codice civile italiano,* Padova, 1932, nella quale opera, tuttavia, per l'equivoco verbale già rilevato, si tende a mettere in rilievo i passi di autori concernenti il problema della « causa » come presupposto o scopo da realizzare (v. *infra sub b* e *sub c* e nota esplicativa in fine al presente §).

soltanto di essi come « la causa in senso proprio ». Ormai nella terminologia tradizionale tutti si indicano con quel termine; e non val la pena di provocare rivoluzioni verbali e bizantine discussioni. Ciò che si vorrebbe è che, per far comprendere al lettore di qual problema si sta trattando, si aggiunga al termine « causa » un aggettivo che appunto indichi il problema, come: « causa sufficiente, ragionevole, giusta, lecita, erronea, non realizzata o non realizzabile » e simili.

Le confusioni e gli equivoci determinati dalla parola « causa » hanno influito anche su chi scrive per la continua difficoltà di intendere ciò che nei vari testi o presso i vari autori si vuol dire quando di volta in volta si usa quel termine. *E' per questa difficoltà che il presente paragrafo è stato fatto e rifatto una decina di volte; e anche così, forse, esso non riesce ad essere sufficientemente chiaro.*

b) *La causa come scopo erroneo, non realizzato o non realizzabile nelle attribuzioni patrimoniali.*

Di tutte queste confusioni o unificazioni di problemi diversi, una ci interessa in modo particolare: quella concernente i problemi che nascono nel caso di mancata realizzazione dello scopo o, in senso generico, del movente, per cui è stata fatta un'attribuzione patrimoniale (promessa o alienazione). Chi promette o aliena lo fa per uno scopo (più o meno artificialmente separato dalla volontà di promettere o di alienare). Si tratta di vedere che cosa accade se questo scopo o movente non si realizza. Anche questo scopo è stato chiamato « causa ».

Qui una selva selvaggia ci si fa ben tosto incontro, ov'è facile smarrirsi, perchè sotto il concetto di scopo o movente sono stati un'altra volta compresi problemi fra loro diversi.

Si tratta anzitutto della « causa » dell'attribuzione patrimoniale nel senso classico che dava luogo alle *condictiones indebiti, causa data causa non secuta* e *sine causa* del diritto romano (v. i titoli IV, VI e VII del libro XII del Digesto). E' nello stesso senso che si

parla di *Zweck o Grund* (scopo, causa) di una *Vermögenszuwendung* (attribuzione patrimoniale) nel diritto germanico (3).

E' in questo senso, e probabilmente in questo solo senso, che deve intendersi la *«cause fausse» o inexistante* (*obligation sans cause*) negli artt. 1131 c. civ. francese, 1119 cod. civ. ital. 1865 e simili articoli dei codici latini (4). Nei sistemi latini questo problema dell'*obligation sans cause* abbraccia anche l'atto di alienazione (cioè in genere l'attribuzione patrimoniale o *Vermögenszuwendung*), e ciò per la nota confusione fra contratto obbligatorio e contratto traslativo o per la fusione del secondo nel primo (v. *infra* § 38 sul *transfert*).

Le cause classiche che, dato il problema, ancor oggi hanno ragione d'essere, sono tre:

— *La causa solvendi,* cioè lo scopo di adempiere un'obbligazione precedente (è l'esempio classico citato da Pothier, v. nota esplic. 2 in fine al presente §, e il titolo del Digesto, XII, VI, sulla *condictio indebiti,* nonchè D. XII, VII);

— *La causa credendi, rectius, adquirendi,* cioè lo scopo di acquistare, mediante la promessa o l'alienazione, un diritto o un bene (5);

---

(3) Cfr. § 812 cod. div. germanico e Von Tuhr, *Allg. Teil des deutschen bürg. Rechtg,* cit., III, § 72, per quanto i tedeschi comprendano nella « causa » della *Zuwendung* anche la « causa » nel senso di che *infra sub c.*

(4) V. *infra sub f.* Ciò risulta anche dai precedenti autorevoli di Domat e Pothier. V. *infra* nota esplic. n. 2 in fine al presente §.

(5) Questo bene può essere un diritto di credito, come nel caso del contratto obbligatorio sinallagmatico. Così nella compravendita il bene, che con la promessa del prezzo il compratore ha lo scopo (« causa ») di acquistare, è l'obbligazione di dare la cosa: sicchè, nel caso di perimento di questa prima della vendita, ciò che vien meno pel compratore è la « causa » come obbligazione di dare del venditore, e non come *datio* o trasferimento. Soltanto per la cennata fusione dell'atto traslativo nel contratto, si è creata l'apparenza che lo scopo o « causa » del compratore sia di ottenere il trasferimento della proprietà della cosa. Di qui la teoria del Capitant (*La cause des obligations,* cit.), secondo la quale la risoluzione per inadempimento sarebbe giustificata dalla mancanza di « causa » *adquirendi*: v. *infra sub c.* Laddove è chiaro l'equivoco determinato dalla *condictio causa data causa non secuta* (o anche per una promessa fatta in vista di una controprestazione non oggetto di obbligazione) del diritto ro-

— *La causa donandi,* in senso lato.

Ora, quando un'attribuzione patrimoniale è fatta *solvendi* o *adquirendi causa* e l'obbligazione da adempiere non sussiste o l'acquisto non si realizza, l'attribuzione patrimoniale è invalida; oppure, se essa è astratta, i suoi effetti fra le parti non restano fermi, ma vengono neutralizzati da un'azione di restituzione del bene o del suo valore (*condictio*: la quale sarà l'unico rimedio pensabile, se l'attribuzione patrimoniale non consiste in una promessa o in un atto di alienazione, ma in un *facere* che ovviamente non può essere dichiarato nullo).

A ben vedere, la *ratio* di tale invalidità (in senso lato, compresa la via indiretta della *condictio*) è la seguente: se l'attribuzione patrimoniale restasse ferma, nonostante l'insussistenza dell'obbligazione precedente o la mancata realizzazione dell'inteso acquisto, si

---

mano, rispetto alla quale la *causa non secuta,* per mancanza di un rapporto obbligatorio giuridicamente riconosciuto, era veramente la controprestazione (come nei contratti innominati romani, ivi compresa la permuta, prima del sorgere dell'*actio praescriptis verbis*). In realtà, nel caso di risoluzione per inadempimento, come in quello di annullamento del contratto per errore, ecc., ciò che viene meno, rispetto alla *datio* della cosa o al pagamento del prezzo, è lo stesso contratto obbligatorio come *causa solvendi* (*causa finita,* D. XII, VII, 1). Ed è soltanto per la cennata fusione dell'atto traslativo nel contratto, cioè perchè l'alienazione *non è astratta* (v. *infra sub d*), che oggi questa viene meno nei sistemi latini per mancanza di *causa solvendi,* senza bisogno di una *condictio indebiti.*

Oggi dunque, poichè tutti i contratti sinallagmatici sono riconosciuti come fonte di reciproche obbligazioni, è raro il caso che la *causa adquirendi* consista direttamente nell'esecuzione di una controprestazione (come per la permuta e gli altri contratti innominati romani nella suddetta fase). Tuttavia, il caso può verificarsi, se le parti considerano come causa di una promessa o di un'alienazione una effettiva controprestazione (sotto forma di aspettativa o anche di condizione: cfr. Von Tuhr, *op. cit.,* III, § 72, pp. 72-73); o, ancora, se la controprestazione o atto previsto non può essere oggetto di un'obbligazione, come nel caso « ti dò o prometto 100, se adotterai Tizio » e simili (cfr. Von Tuhr, *op. cit.* III, § 72, p. 73-74). Per altri esempi interessanti v. D. XII, VI, 53 e 67 ove si suppone l'acquisto di un bene (lo stato di libertà) come già avvenuto o contestuale all'attribuzione patrimoniale avente come « causa » tale acquisto.

avrebbe un arricchimento o, se si vuole, una conversione dell'atto in donazione, *contro lo scopo o causa del promittente o alienante,* che non era lo scopo di donare, ma, appunto, quello di *solvere* o di acquistare (6).

Onde, dato il problema, esatta appare la classica alternativa fra le cause *solvendi* o *adquirendi,* da un lato, e la causa *donandi,* dall'altro (v. anche D. XII, VI, 52 e 65 specie § 2). La *causa donandi,* in fondo, si realizza di per sè (7).

Ed altrettanto esattamente il § 812 c. civ. germanico considera quei casi come casi di ingiusto arricchimento, nell'aspetto speciale

---

(6) Pertanto il rimedio non può essere, in particolare per l'indebito, una impugnativa per errore, appunto perchè non si tratta di una semplice attribuzione contro o non secondo la volontà dell'attribuente, ma addirittura di una *donazione* contro tale volontà o scopo (v. anche *infra sub c*). V. anche il caso Natta cr. Rubatto nel Vol. II Casistica.

Perciò esattamente Pothier diceva che la *cause fausse* equivale a *cause inexistante* (v. *infra* nota esplic. n. 2 in fine al presente §), in quanto qui non si tratta di impugnativa per errore.

E' fuori dall'ipotesi il caso in cui l'attribuente sa che non esiste l'obbligazione precedente o che la *causa adquirendi* non si è realizzata o non è realizzabile. In questo caso, infatti, lo scopo è diverso da quello *solvendi* o *adquirendi* ed è in genere stato definito come *causa donandi.* Sicchè allora l'attribuzione avviene *secondo lo scopo,* e l'unico problema che resta è quello di vedere se di tale donazione sussista la forma (nel diritto romano erano in genere sufficienti la *traditio* o la *stipulatio,* salvo più tardi i requisiti dell'insinuazione; nel diritto italiano e in quello tedesco, invece, a differenza del francese e di altri, occorre anche in simili casi l'atto pubblico: v. *infra* nota esplicativa n. 3 in fine al presente § e il § 38 sul *transfert*).

(7) Cfr. Von Tuhr, *op. cit.,* III, § 73 p. 107. Per la realizzazione della *causa donandi* l'unico problema è quello di vedere se è stata adottata la forma eventualmente prescritta. Il caso in cui non vi sia accordo sulla *causa donandi* (ad esempio, dissenso fra donazione e mutuo: v. Tuhr, *op. cit.,* § 72 p. 98) non rappresenta per chi intende donare una donazione contro la sua volontà; ma rientra nel più generico concetto del dissenso e dei suoi effetti su una attribuzione patrimoniale *astratta* (v. *infra sub d* e nota esplicativa n. 3 in fine al presente §).

Quanto ad una donazione *cum onere,* per essa si ha, almeno parzialmente, una *causa adquirendi*: v. nota 8.

di un arricchimento come donazione o gratuità (in senso lato) contro l'intento o scopo del promittente o alienante.

Pertanto, che vi sia o non vi sia arricchimento ingiusto dipende qui dall'intento o scopo di chi fa l'attribuzione patrimoniale: e la « causa » si presenta qui veramente come « causa » in *senso soggettivo,* cioè come « *scopo* » del promittente o alienante (8).

---

(8) Dato ciò, la « causa » dipende dall'intento che in concreto ha avuto l'attribuente. Per esempio, rispetto alla compera di una cosa perita per caso fortuito prima o dopo il contratto di compravendita, si tratta di vedere se il compratore ha o meno inteso concludere un contratto a suo rischio (caso anormale, onde il perimento della cosa prima della vendita viene addirittura considerato come difetto di oggetto del contratto: cfr. su ciò il mio articolo *L'oggetto del contratto,* in *Jus,* 1953 e ivi quanto al diverso atteggiamento della *common law*).

Nel caso di compera di una cosa già di proprietà del compratore, si tratta di vedere se lo scopo (causa) di questi era di ottenere il possesso, vincendo le resistenze del possessore-venditore (quando in tali resistenze non vi sia nulla di illecito); oppure se tale scopo era di ottenere la proprietà, nel qual caso, l'obbligazione del venditore essendo nulla, la promessa del prezzo manca della « causa » o scopo di acquistare tale obbligazione. La giurisprudenza italiana, nel caso Natta cr. Rubatto, (v. Vol. II), ne ha fatto un'applicazione interessante alla concessione a titolo oneroso di un diritto personale di passaggio, laddove già esisteva un diritto reale (questione di intento concreto delle parti: v. nostra nota al caso Natta cr. Rubatto).

Nel caso di donazione *cum onere* sono sorte annose discussioni circa il carattere di *causa finalis* o soltanto impulsiva che può avere l'onere in concreto (per tali discussioni già fra gli autori nel diritto comune — la glossa, Baldo, Bartolo, Fabro, De Luca, De Retes, Tiraquello, Frugole ecc. — cfr.: CAPITANT, *De la cause des obligations,* cit., pag. 145 nota 1, 146, 439-433; Mosco, *Onerosità e gratuità,* cit., p. 343-344; BATTISTONI, *cit.,* supra a nota 2).

La distinzione fra queste due cause, *finalis* e *impulsiva,* sembra arieggiare quella fra causa principale e causa secondaria nel problema della *cause suffisante* (v. sopra § 10). Ma in realtà si tratta di un problema diverso, poichè anche se l'onere risulta esser *causa finalis,* l'atto è sempre considerato come donazione, anche dal punto di vista della forma; e si tratta soltanto di vedere se, per l'inesecuzione dell'onere, il donante (come alienante) abbia una *condictio* per ripetere il dato (*condictio* che oggi sarebbe l'azione di risoluzione: v. art. 793 cod. civ. italiano), ovvero un'azione per l'esecuzione o il risarcimento dei danni. Se l'esecuzione dell'onere è impossibile senza colpa del donatario, la causa deve essere stata *finalis* al punto da costituire una condizione oggettiva *sine qua non* della donazione (v. autori testè citt. anche pel diritto comune).

Ora, dovrebbe essere (ma non è stato affatto) chiaro che il problema della mancata realizzazione della causa, come *scopo* del promittente o alienante, non ha nulla a che fare col problema della mancanza di una *cause suffisante,* cioè di una causa realizzata sì, ma insufficiente per il riconoscimento giuridico del nudo patto (v. sopra §§ 1-21).

Nel primo caso si presuppone che la causa (in senso *soggettivo*) è per sè sufficiente ai fini della sanzione giuridica del patto, ma non si è in concreto realizzata; nel secondo, si presuppone il contrario, e cioè che la causa (qui, nel senso *oggettivo* di ragione giustificativa della sanzione giuridica di un patto) si è realizzata, ma che essa è insufficiente ai fini di tale sanzione. Per un equivoco verbale nell'espressione ellittica « mancanza di causa », i due problemi si sono potuti confondere; laddove per « mancanza » nel primo caso si intende « mancata realizzazione », mentre nel secondo si intende « mancato concorso ». L'equivoco, come vedremo, è chiaro in un celebre passo di Pothier (v. nota esplic. 2 in fine al presente §).

Ma non è soltanto questo equivoco verbale che ha determinato la confusione. Vi ha subdolamente giocato anche l'apparente coincidenza dell'alternativa che, per entrambi i problemi, si pone fra le cause *solvendi* e *adquirendi,* da un lato, e la *causa donandi,* dall'altro (v. per questa alternativa, quanto al probema del riconoscimento giuridico del nudo patto, sopra § 10 e seg.). Senonchè nel primo problema l'alternativa viene considerata al fine di vedere se la mancata realizzazione dello scopo importi il passaggio dell'atto in una donazione o gratuità, nulla *perchè contro la volontà o scopo del promittente o alienante,* ma valida sotto il profilo della sussistenza dei requisiti anche formali per la validità di una donazione. Nel secondo problema quell'alternativa viene considerata al fine di vedere se il mancato *concorso* di una causa *solvendi* o *adquirendi,* avente un certo valore *oggettivo,* importi la nullità dell'atto (o una limitazione dei suoi effetti) per *difetto dei requisiti di una donazione o di una gratuità,* mentre l'atto, nei suoi scopi soggettivi, si è realizzato secondo la volontà del promittente o alienante.

Ma forse il centro irradiante dell'equivoco sta nella « *causa liberalitatis* », la quale, da un lato ,insieme alle cause *solvendi* e *adquirendi,* appare come lo scopo che il promittente o alienante intende realizzare; e, dall'altro, come una *cause suffisante* che, insieme alla forma, giustifica il riconoscimento giuridico dell'atto (v. il passo di Pothier, *Traité des oblig.,* n. 42, riferito sopra § 5 *sub b* e *infra* nota esplic. 2 in fine al presente §). La celebre espressione « *propter nullam aliam causam... quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat* », con cui si iniziava il titolo de *donationibus* nel Digesto, attirava la mente degli interpreti su quel terreno equivoco. L'*ut* esprimeva lo scopo dell'alienante, ai fini dei problemi della *condictio* e, nello stesso tempo, definiva l'elemento oggettivo per distinguere la donazione da altri atti.

Nello stesso senso giocava anche l'*ut* nel *do ut des, ut facias* ecc., concernente i contratti innominati romani (D. 19, 5, 5). — Quell'*ut* alludeva all'elemento soggettivo o scopo della parte, ai fini della *condictio causa data causa non secuta* (l'unico rimedio prima che quei negozi venissero riconosciuti come contratti). Ma, quando quei negozi innominati vennero giuridicamente sanzionati come contratti, e soprattutto quando, all'epoca di Pothier, col trionfo del principio consensuale, una *datio* o una promessa a titolo oneroso veniva riconosciuta senza bisogno di forme, allora lo stesso *ut* poteva anche alludere all'elemento *oggettivo,* alla *causa suffisante* (consistente in una controprestazione o in una controbbligazione), per cui una *datio* o una promessa era valida senza bisogno di forma perchè non era donazione. (v. nella nota esplicativa 2 in fine al presente §, il passo citato da Pothier). Nella stessa espressione « *causa data causa non secula* », quando la si riferì al contratto innominato giuridicamente riconosciuto come contratto *reale,* il termine « *causa* » alludeva, come « *causa data* », al requisito oggettivo per la sanzione giuridica del contratto reale; e, come « *causa non secuta* », alludeva allo scopo per cui si era dato.

E' così, su questa strada di equivoci accompagnata dalla Babele

terminologica dei testi romani, che la *causa,* nel senso di scopo *realizzato,* divenne un requisito del contratto alla pari della *cause suffisante raisonnable* o *juste,* e perfino della causa lecita, cioè alla pari di quelli che erano effettivamente requisiti per la sanzionabilità giuridica del nudo patto. E con la *cause suffisante* la causa, come scopo *realizzato,* venne spesso confusa in modo intricato e indistinguibile.

Questo equivoco si profila già presso i primi interpreti. Si radica in Domat e Pothier. Si introduce negli artt. 1108 e 1131 cod. nap. (che tuttavia non sembrano considerare la *cause suffisante*: v. *infra sub f*); e continua presso gli autori posteriori. L'opera classica del Capitant sulla causa delle obbligazioni ne ha molto sofferto. Gli stessi autori di *common law,* studiosi della nostra « causa », hanno trattato assieme quei diversi problemi (v. su tutto ciò le note esplicative n. 1 e 2 in fine al presente § ed il § 37).

E' così che gli artt. 1108 e 1131 cod. nap. (pur non alludendo anche alla *cause suffisante*) arrivano a menzionare la « *causa* », come scopo *realizzato,* fra i requisiti essenziali del contratto. Laddove dovrebbe essere chiaro che la realizzazione o non realizzazione dello scopo del contraente non è che un accidente in un contratto che si presuppone giuridicamente riconosciuto; non può essere un requisito essenziale; e non ha nulla a che fare coi problemi della *cause suffisante, raisonnable, juste et licite* che sono veramente dei requisiti oggettivi per la sanzionabilità del contratto o del nudo patto. Prova ne sia che il problema della mancata realizzazione dello scopo può sorgere e sorge anche in sistemi giuridici in cui quei problemi non esistono o in cui ne esistono altri a proposito del valore del nudo patto (cfr. anche Savigny *infra* cit. a nota 9).

Eppure il Savigny, in un chiaro quanto spesso obliato passo della sua opera sulle obbligazioni, aveva perfettamente mostrato l'equivoco per cui il problema della mancata realizzazione dello scopo del promittente o alienante (« causa » in questo senso) era stato inserito nel problema del valore del nudo patto; e lo scopo (*rectius,* la sua realizzazione) era divenuto un requisito del patto, accanto ai (veri) requisiti della forma, della « causa » nei contratti innominati roma-

ni e del tipo (« causa » in questo senso) nei quattro contratti consensuali del diritto romano (9).

Ma la voce di Savigny, se è stata ascoltata nella redazione del codice civile germanico e se non costituisce un rimprovero (almeno in *parte*) per gli autori italiani e per il nostro nuovo codice civile (v. *infra sub f*), non è stata ascoltata da altri e forse dai più. Sicchè la confusione continua, a tal punto che la dottrina della « causa », o le discussioni che si fanno attorno a questo magico *nomen,* sono divenute un vero rompicapo; e non solo per quelle confusioni, ma anche per altre che, alimentate dall'equivoco terminologico o da apparenti analogie concettuali, sono venute ad intricare ancor più la già arruffata matassa (v. *infra sub c,* ed *e*).

c) *Dilatazione del concetto di causa come scopo dell'attribuzione patrimoniale: la causa come presupposto (Voraussetzung, condicio in praesens vel praeteritum relata).*

Il concetto di « causa » come scopo dell'attribuzione patrimoniale, testè esaminato ,implicava l'idea di un presupposto o, in senso generico, di una condizione *sine qua non* dell'attribuzione stessa,

(9) Cfr. SAVIGNY, *Obligations,* cit., II § 78 e ivi citazioni dei pandettisti tedeschi (Liebe, Puchta, Gneist) che hanno seguito la teoria criticata. Il Savigny osserva giustamente che, se la « causa » (come realizzazione dello scopo *solvendi* o *adquirendi*) è un requisito della stipulatio, almeno come *definitiva* attribuzione del credito, lo deve essere del pari per il patto nudo che nel diritto moderno ha preso il posto della *stipulatio* (o, diremmo meglio, per la promessa o l'attribuzione patrimoniale in genere). La critica fondamentale del Savigny consiste in ciò, che la mancata realizzazione di una *causa solvendi* o *adquirendi* rappresenta un ostacolo *accidentale* alla validità della promessa o della alienazione o, per così dire, « un mero requisito *negativo dell'atto giuridico* » (così come il requisito della mancanza di vizi della volontà), ma non un un requisito positivo per la sanzione o riconoscimento giuridico dell'atto stesso. Il Savigny mostra anche come l'equivoco si riallacci alle discussioni sulla *causa tra-*

per cui questa, non realizzandosi lo scopo, cioè mancando quel presupposto, sarebbe rimasta ferma *contro la volontà del promittente o alienante.* Una simile implicazione sembrava operare specialmente rispetto alla *causa solvendi,* ove la sussistenza di una obbligazione precedente poteva considerarsi come un siffatto presupposto o *condicio sine qua non* del pagamento o della promessa di pagamento; ma all'idea di un presupposto del genere poteva ricorrersi anche per la causa adquirendi, specialmente quando l'acquisto di un bene si presupponeva avvenuto nel passato o contestualmente all'attribuzione patrimoniale. (v. sopra nota 5).

In questi casi, per le ragioni accennate sopra *sub b* nota 6, il rimedio concesso all'alienante o promittente non era una impugnativa per errore, ma l'invalidità dell'atto o una *condicio,* appunto perchè si trattava addirittura del venir meno di una *condicio sine qua non* dell'atto stesso.

Su questo terreno sdrucciolevole, e cioè sulla considerazione, che, non realizzandosi lo scopo, l'attribuzione patrimoniale sarebbe rimasta ferma *contro la volontà dell'attribuente,* la dottrina e la giurisprudenza, specie tedesche e francesi, sono scivolate su un altro terreno contiguo, considerandolo come facente tutt'uno col primo. Vi hanno, cioè, incluso altri casi in cui, mancando il presupposto o *condicio sine qua non* dell'attribuzione patrimoniale, questa sarebbe rimasta ferma *contro la volontà dell'attribuente,* e su questa semplice considerazione. La « causa » non era qui una *causa solvendi* o *adquirendi,* ma un diverso presupposto o *condicio sine qua non* dell'atto, il quale, in difetto, restava così invalido senza bisogno di ricorrere all'impugnativa per errore o all'azione di garanzia. E quel che si trattava di fare era appunto di distinguere questi casi da quelli di impugnativa per errore, di garanzia per le qualità della cosa o per la

---

ditionis e sulla *cautio indiscreta* (v. nota esplicativa n. 4 in fine al presente §). Egli, tuttavia, nella sua critica non s'accorse che essa si dirigeva non soltanto a quei pandettisti tedeschi, ma a tutta la teorica della « causa », che, affermatasi con Domat e Pothier, è passata nel cod. nap. e nei suoi seguaci (v. nota esplic. n. 2 in fine al presente §).

sussistenza di una certa situazione di fatto e, in genere, anche dai casi di cosidetti motivi irrilevanti dell'attribuzione patrimoniale.

Ma, mentre per le cause *solvendi* e *adquirendi* il presupposto aveva un certo valore oggettivo, costituente, più che un presupposto tacito, un fondamento dell'attribuzione considerato come tale anche dall'accipiente (10); in quegli altri casi il presupposto si presentava nella vita pratica come un motivo suscettibile in certi casi di dar luogo all'impugnativa per errore o, al massimo, come l'oggetto di una garanzia; talchè, per elevarlo a *condicio sine qua non* dell'atto, occorreva un accordo espresso o, almeno, tacito delle parti.

La « causa », in questo senso, era dunque una situazione di fatto presente o passata o una qualità della cosa, concordata fra le parti come *condicio sine qua non* dell'atto o, come si suol dire, elevata a parte integrante o « causa » dell'atto stesso. Ciò che la distinguerebbe dai casi di errore, almeno unilaterale, e di garanzia (11).

---

(10) Appunto per ciò, per far cadere l'atto in difetto del presupposto, non occorreva l'impugnativa per errore. Invece gli altri presupposti, anche se determinanti e essenziali pel promittente o alienante, in quanto non elevati concordamente dalle parti a *condicio sine qua non* dell'atto, richiedono l'impugnativa per errore, con la relativa prescrizione. E ciò, perchè, nella incertezza se e fino a qual punto l'errante intenda fare dipendere da tali presupposti la persistenza del suo atto o vincolo, occorre che egli sciolga, entro un dato termine, tale incertezza, impugnando l'atto.

A proposito di questi presupposti, diversi dalla *causa solvendi* o *adquirendi*, la dottrina si richiama infatti alla teoria dei motivi e dell'errore, per dire che normalmente (salvo il caso di impugnativa per errore rilevante o salvo il caso di *condicio sine qua non*) essi sono irrilevanti: cfr. Von Tuhr, *Allg. Teil*, cit., III, § 72 pag. 65-66 e ivi i richiami ad altre parti del suo trattato, anche per la distinzione dai casi di garanzia.

(11) Nel caso di garanzia v'è incertezza (e non ignoranza) del contraente che vuol appunto essere garantito contro di essa. Nel caso di ignoranza o errore il presupposto è in genere unilaterale, ma potrebbe anche essere bilaterale (*contra*, Von Tuhr, *op. cit.*, III, § 72 p. 66-67 e II, p. 199 e 580), benchè sia allora talvolta difficile distinguerlo dalla *condicio sine qua non*. Su queste distinzioni fra *condicio sine qua non*, errore e garanzia, specialmente con riguardo alla vendita di quadri od opere d'arte attribuiti ad un dato autore, cfr. la mia *Compravendita*, Torino, 1937, n. 104.

La giurisprudenza francese ne ha fatto applicazione, ad esempio, al caso

Si tratterebbe di una cosidetta *condicio in praesens vel praeteritum relata,* mentre, se la situazione è futura, si avrebbe una condizione vera e propria.

Per questa via la *cause fausse* dell'art. 1131 c. civ. francese, la quale all'origine molto probabilmente si riferiva soltanto alla causa nel senso di cui sopra *sub b,* è stata estesa a questi altri casi, anche per spiegare come mai vi potessero essere casi di *cause fausse* o *erronée* che non rientrassero nella teoria dell'errore. E per la stessa via vi fu estesa la causa dell'attribuzione patrimoniale considerata nel § 812 c. civ. germanico, secondo una tradizione ormai affermatasi in certa pandettistica tedesca (12). Com'è noto, la terminologia con cui si indica questo concetto è « *Voraussetzung* » presso gli autori tedeschi: *condicio in praesens vel praeteritum relata* nel diritto comune; mentre gli autori francesi, estendendo a tale concetto la *cause fausse* dell'art. 1131, parlano *tout court* di « *cause fausse* » o di « *obligation sans cause* ».

Le difficoltà più gravi consistevano nel distinguere, dai casi di impugnativa per errore e di garanzia, quelli in cui una data situazione di fatto era stata concordata e così elevata a parte integrante o « causa » del contratto, o a *condicio sine qua non* di esso, specie quando non vi era una chiara ed espressa manifestazione della volontà delle parti in questo senso.

Ma, a parte queste difficoltà (che hanno indotto la prevalente dottrina italiana a respingere la teoria della presupposizione, almeno per la *condicio sine qua non* tacita), la concezione surriferita sembra prestarsi ad una critica, in quanto confonde le tradizionali

---

di compravendita di un'area destinata e atta per concorde presupposto delle parti alla costruzione di un dato edificio (scuola, ospedale), mentre tale non era per i regolamenti amministrativi, per mancanza di autorizzazione ecc. Cfr. DALLOZ, *Codes Annotés, Nouveau code civil,* cit., art. 1131 n. 73 e autori ivi. Come si vede, la dottrina francese fa rientrare questo e simili casi sotto l'ala capace del concetto di « *cause* » dell'art. 1131.

(12) Per la dottrina francese, v. nota precedente e il lavoro del CAPITANT, *De la cause des obligations.* Per la dottrina tedesca, cfr. VON TUHR, *op. cit.,* III, § 72, p. 66-67.

cause *solvendi* e *adquirendi,* bene a posto nel loro problema (quello di che sopra *sub b*), con la « causa » come presupposto o *condicio in praesens* o *in praeteritum relata,* concernente in realtà un altro problema.

Infatti, è ben vero che anche in quest'ultimo caso, se l'attribuzione patrimoniale venisse mantenuta ferma nonostante la deficienza del presupposto o *condicio sine qua non,* si avrebbe una attribuzione patrimoniale *contro la volontà dell'attribuente,* come nel caso analogo di deficienza di una condizione vera e propria in *futurum relata;* ed è ben vero che questa *mancanza* della volontà di dare o attribuire è diversa (o, meglio, per scopi pratici può essere diversamente trattata) dal caso di volontà viziata che si suol considerare nella teoria dell'errore.

Ma non si può dire che qui, come per la mancata realizzazione di una causa *adquirendi* o *solvendi,* si avrebbe una *donazione* o un arricchimento *gratuito* contro la volontà o scopo del promittente o alienante. Si ha semplicemente un'attribuzione patrimoniale (*non una donazione*) contro la volontà di costui. E i due problemi sono diversi. Tanto è vero che, pel primo, se l'attribuente sa che non si è realizzata o che è già venuta meno la *causa solvendi* o *adquirendi* e nonostante ciò dà o promette, sorge il problema di vedere se questa alienazione o promessa debba rivestire le forme della donazione (13). Ma questo problema non sorge affatto se, ad esempio, chi promette o paga un prezzo per un'area da destinarsi alla costruzione di una scuola (*condicio sine qua non*), sa che la scuola non può costruirsi: v. sopra nota 11.

L'assimilazione fra i due casi ha probabilmente alla sua base un equivoco determinato dal termine « arricchimento » pel caso in cui l'atto di attribuzione patrimoniale è astratto. Si concede allora, anche pel difetto della suddetta *condicio sine qua non,* un'azione di « ingiustificato arricchimento » (14); dove, però, il termine « arricchimento » vuol semplicemente alludere ad un *transfert* o promessa

(13) V. *infra* § 38 sul *transfert* e Von Tuhr, *op. cit.,* III §§ 72 e 73.

(14) Cfr. § 812 cod. civ. germ. e Von Tuhr, *op. cit.,* III § 73.

validi, che determinerebbero un arricchimento ingiusto, se un'azione (*condictio*) non venisse a neutralizzarne gli effetti.

Invece, nel caso della mancata realizzazione di una causa *solvendi* o *adquirendi,* il termine « arricchimento » allude ad una attribuzione che costituisce « arricchimento » nel senso di un *quid* senza corrispettivo o senza debito, cioè nel senso dell'effetto proprio di una donazione o di una gratuità.

Così è sorta un'altra confusione fra problemi diversi, unificati sotto il solito termine polivalente « causa ».

Ma la confusione o la dilatazione del concetto di « causa », come scopo dell'attribuzione patrimoniale, non si è arrestata qui. Essa ha continuato, fino a comprendervi, come ispirati da un'unica *ratio,* anche i problemi dell'impugnativa del contratto per errore, della garanzia per i vizi redibitori o difetto della qualità normali della cosa, della risoluzione per inadempimento e dell'*exceptio non adimpleti contractus,* vedendosi in tutti questi casi la mancata realizzazione dello scopo del contraente (15). Anche i problemi dell'atto astratto e

(15) Cfr. in proposito il lavoro del CAPITANT, *De la cause des obligations,* cit., n. 13-17, 22-25, 28, 35, 44-45, 50, 72 e *passim;* nonchè il mio *Rischio e pericolo nelle obbligazioni* (e autori ivi), e i passi del Betti e del Messineo sugli artt. 1453 e 1460 (risoluzione o eccezione di inadempimento) citati nella nota esplicativa n. 2 in fine al presente §.

Quanto alla risoluzione per inadempimento (che è oggi una azione contrattuale accanto all'azione per l'esecuzione o pei danni), essa poteva spiegarsi come conseguenza della mancata realizzazione della causa *adquirendi* soltanto quando dal negozio non nasceva la controbbligazione, cioè quando mancava l'azione contrattuale per l'esecuzione o i danni, come nella prima fase dei contratti innominati romani; altrimenti la risoluzione serve soltanto a determinare il venir meno del contratto, come *causa solvendi finita* (v. sopra nota 5).

Comunque, la risoluzione del contratto per inadempienza e la relativa eccezione, se hanno un'origine storica nella *condictio causa data causa non secuta,* non rientrano più oggi nel problema e nei casi esaminati sopra *sub b*, perchè in quei casi, se non fosse stata concessa la *condictio*, l'inadempienza dell'altra parte avrebbe determinato un arricchimento a *titolo gratuito* contro la volontà del promittente o alienante; mentre nel diritto moderno (salvo alcuni casi menzionati sopra a nota 5), anche se non venisse concessa la risoluzione, il promittente o alienante avrebbe sempre, come « causa », il controdiritto di credito (e le

di quello formale vi sono stati accomunati (v. *infra sub e*). La differenza fra tutti questi casi o problemi (ivi compresi quelli di cui ai §§ 1-21, quelli di che a questo § *sub b* e quelli della *condicio sine qua non* o presupposizione), consisterebbe soltanto in una differenza del rimedio o azione concessa al contraente: nullità (pel caso di *cause insuffisante*); nullità o *condictio* (pei casi indicati *sub b* e qui *sub c*); impugnativa per errore, azione di garanzia, azione di risoluzione del contratto ecc. Problemi tutti sulla cui diversità non occorrerebbe insistere, anche se talvolta alcuni di essi presentano fra loro qualche analogia.

Sotto il comune denominatore del concetto o *nomen* di « causa » come scopo, tocca così il suo vertice la confusione fra problemi che sono diversi, e che, anche dal punto di vista storico, sono stati determinati da ragioni diverse. Per convincersene, basta considerare quanto abbiamo detto circa: la *ratio* dei requisiti della *cause suffisante, raisonnable* e *juste;* la *ratio* della nullità o della *condictio* in caso di mancata realizzazione di una causa *solvendi* o *adquirendi* (v. sopra *sub b*); la *ratio* della nullità o della *condictio* in caso di deficienza della *condicio sine qua non* o presupposto (v. sopra *sub c*); la *ratio* dell'impugnativa per errore, della garanzia pei vizi redibitori, della risoluzione per inadempimento (v. sopra note 6, 10, 11 e 15); nonchè quanto diremo circa le ragioni che hanno determinato il rifiuto dell'atto astratto e di quello formale (v. *infra sub e*).

d) *Implicazioni della teoria che concepisce come requisito della « causa » il solo scopo del promittente o alienante (rectius, la sua realizzazione).*

Sulle orme dell'art. 1131 c. civ. francese e dei suoi precedenti (v. anche *infra sub f*) una parte della dottrina, specialmente francese, è arrivata praticamente a concepire la « causa » nel senso di scopo del contraente (*rectius,* di realizzazione di questo scopo) come l'*uni-*

relative azioni per l'esecuzione o i danni), e quindi non subirebbe impoverimento,

co (16) requisito della promessa o dell'alienazione, accanto all'intento di contrarre un vincolo sul piano giuridico e alla liceità.

Ora, se il requisito della « causa » si riduce a questo, ciò equivale all'affermazione del principio del nudo patto: qualsiasi patto (lecito e concluso con l'intento di vincolarsi sul piano giuridico) sarebbe giuridicamente sanzionato, e null'altro occorrerebbe che il nudo consenso (17).

Infatti, in una promessa o alienazione uno scopo o *but* esiste sempre (salvo forse il caso di follia), se non altro ridotto allo scopo di *bienfaisance,* concepito, quest'ultimo, non come ragione giustificativa della sanzione (sopra § 7 e segg.), ma appunto come scopo che si tratta di vedere se si realizzi o meno (e lo scopo di *bienfaisance* è tale che non si può rispetto ad esso ipotizzare una mancanza di realizzazione in fatto). L'unico problema che resta, allora, è quel-

(16) Unico: infatti dei requisiti posti dall'art. 1108 cod. civ. francese e simili, il « consenso » è lo stesso contratto come accordo; l'assenza di vizi del volere non può considerarsi come un requisito (v. anche sopra nota 9); il difetto di capacità influisce ancora sul volere. Quanto all'oggetto, v. il mio articolo *L'oggetto del contratto* nella Rivista *Jus,* 1953.

(17) Cfr. per tutti CAPITANT, *De la cause des obligations,* cit., n. 13-17, 22-25, 28, 35, 44-45, 50, 72 e *passim,* ove la concezione della causa come realizzazione del *but* del contraente è strettamente connessa con la (pretesa) evoluzione del nudo patto. Dal concetto di rispetto della volontà del contraente, contro la forma o l'apparenza letterale, e di tutela della buona fede, si passò alla concezione della sanzione di ogni promessa in quanto atto di volontà (v. sopra § 6).

Il Savigny, che è fra i sostenitori del nudo patto come sostituto della *stipulatio* (v. sopra § 6), sostiene appunto che, ridotta la « causa » alla realizzazione dello scopo del contraente, questa non può costituire un requisito del patto, oltre il consenso (v. sopra nota 9). In senso analogo v. anche il *Report* del *Law Revision Committee* inglese del 1937 (n. 26) cit. infra § 26 nota 1 e *infra* § 37. Per la dottrina italiana che riduce i requisiti del contratto alla liceità, v. BONFANTE, *Il concetto dell'obblig. nat., Scritti giur. vari,* cit. III, p. 38 e *L'obblig. nat. e il debito di gioco,* ivi, p. 44. Anche DUGUIT, *Transformations du droit privé,* ecc., cit. al § 19 nota 1 aveva visto che, risolto il rompicapo della « causa » dell'art. 1131 c. civ. francese nel senso che, come requisito del contratto, essa non significava nulla, restava il sistema « individualista », per cui ogni patto lecito è valido.

lo di vedere se questo scopo si è realizzato o meno. Ma, come già ebbe a rilevare il Savigny (v. sopra nota 9), la realizzazione dello scopo del promittente o dell'alienante non può concepirsi come un requisito dell'atto; e la mancata realizzazione non può concepirsi come difetto di un requisito.

La mancata realizzazione di tale scopo è soltanto un accidente dell'atto, così come l'errore: e non si può dire che l'esigenza che non vi sia errore o che lo scopo si realizzi costituisce una limitazione al principio del nudo patto. Tanto è vero che lo stesso Savigny, il quale ammette che la mancata realizzazione dello scopo produce gli effetti sopra menzionati *sub b* (*condictio,* o nullità dell'atto nei sistemi « latini »), è fra i sostenitori del principio del patto nudo nel diritto moderno.

Ritenere che il requisito della « causa » considerato dal cod. francese e simili, è quello della realizzazione dello scopo e che non ne sussiste altro sotto questo termine, equivale ad affermare che ogni promessa, purchè lecita e purchè fatta con l'intento di vincolarsi sul piano giuridico, è sanzionata dal diritto, senza che occorrano i requisiti della *cause suffisante, raisonnable, juste* nè, se si vuole, quello della funzione economico-sociale (v. sopra §§ 1-21). Questo aveva già visto anche Duguit (v. nota 17). La teoria della « causa » come *but* del contraente doveva sfociare nel *solus consensus obligat* e forse lo presupponeva. E non è azzardo ritenere che questa concezione della « causa », o del significato di questa parola ,abbia contribuito a rafforzare l'affermazione o l'illusione del valore del nudo patto.

Tutta concentrata nel problema della protezione della volontà del promittente o alienante e di realizzarne lo scopo, tutta preoccupata di reagire ,in conformità, al formalismo e all'astrazione (v. *infra sub e*), una gran parte della dottrina e della giurisprudenza, specie francesi, ha concentrato o scaricato in questi problemi il pregnante significato della parola « causa ». I problemi della *cause suffisante* e simili, in relazione anche alla forma, come veri problemi del valore del nudo patto, venivano così confusi, assorbiti e quasi annientati nella ipostasi del *but* come « il requisito della causa ». Eppure la

cause suffisante, per le obbligazioni di dare e le alienazioni, implicava nientemeno che l'idea di un contratto di scambio tipicamente economico come *vestimentum* del patto (v. sopra § 13 *sub d*).

Questa concezione della « causa » (o del significato del termine), si collega al dogma della volontà come fondamento dell'obbligazione e come esigenza di ricercare liberamente e di proteggere la volontà (pur tenendo conto, magari, dell'esigenza di proteggere l'altro contraente). Onde si confondevano anche il problema dell'atto formale puro con quello dell'astrazione (v. *infra sub e*).

Su questo terreno, e concepita la realizzazione dello scopo in funzione del dogma della volontà, la concezione della « causa » si allargava ai problemi dell'errore, della risoluzione e della eccezione per inadempimento, della garanzia pei vizi redibitori e simili, in relazione agli scopi ,anche normali o presunti del contraente, se non altro per spiegare le norme specifiche concernenti l'errore, la risoluzione, la garanzia pei vizi, ecc. Su questo terreno sta soprattutto l'opera del Capitant, la quale rappresenta il più grande sforzo di sistemazione e di sintesi di tutte le norme che tendono a proteggere o realizzare gli scopi più o meno impliciti o normali, più o meno espressi, del contraente e così a proteggere o realizzare la sua volontà.

e) *La « causa » in relazione ai problemi dell'atto astratto e di quello formale.*

Dalla connessione fra gli artt. 1131 e 1132 cod. civ. francece e simili dei cosidetti sistemi latini, risulta che sotto il termine « causa » si è inteso di trattare anche il problema dell'atto astratto, risolvendolo, in linea di principio, in senso negativo. La dottrina ha seguito i codici; ha inoltre trattato sotto lo stesso titolo il problema dell'atto formale, che ha pure risolto negativamente in linea di principio, invocando appunto il principio o l'esigenza che, nei nostri sistemi, l'atto è « causale ».

Infatti, poichè l'art. 1132 cod. civ. francese considera il *billet non causé* o promessa scritta non menzionante la « causa », limitandone

l'effetto all'inversione dell'onere della prova, ne risulta chiaro che per « *obligation sans cause* », cui si nega effetto, l'art. 1131 intende *anche* la promessa astratta. E' evidente e nota la connessione fra il problema dell'atto astratto e quello del *billet non causé* (v. *infra* note esplicative n. 3 e 4 in fine al presente §).

Non è qui il luogo per trattare dell'atto astratto. Ai fini del nostro lavoro ne basti notare che, se il problema dell'atto astratto sembra connesso con quello della mancata realizzazione della causa come scopo (v. sopra *sub b*) (18), in realtà il problema è diverso e il termine « causa » rispetto all'atto astratto ha un significato diverso da quello che esso ha nel problema della mancata realizzazione di una causa *solvendi* o *adquirendi* (v. *sub b*).

L'atto astratto, si dice, è quello che resta valido nonostante tale mancata realizzazione, concedendosi al suo autore soltanto il rimedio indiretto di una azione in restituzione (*condictio*), anzichè quello della nullità dell'atto stesso (v. sopra *sub b*). Ma più esattamente si dovrebbe dire che l'atto astratto è quello che crea un rapporto accanto ad un altro rapporto, cosidetto rapporto fondamentale, da cui appunto l'atto « astrae » e che è in realtà il processo o *iter* per cui si è arrivati alla formazione di quell'atto (v. nota esplicativa n. 3 in fine al presente §).

Sicchè tutti i mezzi di attacco o di difesa del promittente o alienante concernenti il « rapporto fondamentale » (dalla mancata realizzazione di una *causa solvendi* o *adquirendi,* ai vizi di consenso o di lesione concernenti il negozio che ha dato luogo al rapporto fondamentale, ivi compreso il negozio o accordo per l'emissione dell'atto astratto; alla risoluzione o all'eccezione per inadempimento, alla garanzia per vizi redibitori, e magari anche alla mancanza di una *cause suffisante*), tutti questi mezzi non possono essere fatti valere *direttamente* contro l'atto astratto o il rapporto da questo creato. E in

(18) Gli autori trattano spesso dell'atto astratto sotto il profilo di un'astrazione dallo scopo (o realizzazione dello scopo) del promittente o alienante: cfr. Von Tuhr, *Allg. Teil,* cit., III, § 72-73 e quanto diremo *infra* nelle note esplicative nn. 2 e 3.

quel « direttamente » è tutta una gradazione nell'indebolimento della posizione del promittente o alienante (v. *infra* nota esplicativa 3 in fine al presente §). Infatti, dal punto di vista pratico, l'atto astratto si risolve in un indebolimento di questa posizione.

La « causa » dell'atto astratto è dunque, come a molti è noto, il cosidetto rapporto fondamentale (o processo che ha preceduto l'atto): un significato, e così un problema, assai diverso da quello della « causa » nei vari sensi fin qui esaminati (18 bis) (per quanto si possa vedere una certa analogia fra la causa dell'atto astratto e la causa *solvendi*).

Il problema è appunto quello di vedere se e per quali ragioni convenga ammettere o respingere, almeno in linea di principio, un atto che tende a creare un simile rapporto distinto da quello fondamentale, cioè dal processo che sfocia nell'atto, con le conseguenze testè accennate.

Dovrebbe essere chiaro che questo problema è diverso da quelli sopra menzionati *sub b* e *sub c,* e che la « causa » vi ha qui un significato diverso. Infatti ,nel problema dell'atto astratto non si tratta di vedere se la « causa » si sia o meno realizzata, ma se la « causa », come rapporto fondamentale, debba essere o meno parte integrante dell'atto (19). Se lo deve, l'atto astratto è nullo *come tale,* cioè non

---

(18 bis) Il rapporto fondamentale o sottostante è stato chiamato ora « rapporto causale », ora « causa », più o meno « remota », rispetto all'atto astratto (cfr. anche Betti, *Neg. giur.,* cit., p. 202). Poichè, come vedremo, il rapporto fondamentale è il complesso *iter* o processo che sfocia nell'atto astratto, lo si può chiamare « causa » soltanto in questo senso di processo che conduce all'atto astratto o vi dà causa! Un senso del termine « causa » del tutto diverso da quelli fin qui esaminati dal § 1 al § 22.

(19) Com'è noto, il problema dell'astrazione sorge per un atto di alienazione che sia *separato* dal contratto o accordo che ne è il fondamento, o per una promessa *separata* da questo contratto o accordo o, in genere, da tutto il processo volitivo che precede la promessa stessa. Mentre, di solito, l'alienazione separata si presenta come un'esecuzione del suddetto contratto o accordo, la promessa si presenta come diretta a eseguire, rafforzare, estinguere o novare un'obbligazione precedente (cfr. nella nota esplicativa n. 2 in fine al presente § l'esempio di una promessa di un *quid* diverso dall'oggetto legato, promessa

dà luogo all'effetto suo proprio (20) che è la creazione di un rapporto distinto da quello fondamentale: la ragione di tale nullità non è che la causa *solvendi* o *adquirendi o il presupposto* (v. sopra *sub b* e *c*) non si sono realizzati: questa è soltanto una delle conseguenze dell'aver negato all'atto astratto il suo proprio effetto e di averlo trattato come un qualsiasi atto inscindibilmente connesso con il rapporto fondamentale.

Nell'astrazione l'atto è separato non tanto dai suoi scopi o presupposti, quanto dal « rapporto fondamentale » (o *iter* che mena all'atto separato), creandosene un altro accanto a questo. La mancata realizzazione dello scopo (nel senso di che sopra *sub b* e *sub c*) non è che *uno dei tanti* accidenti o vizi del rapporto fondamentale, che possono essere anche l'errore, l'inadempienza della controparte, ecc. Il far valere, quando ciò sia possibile, questi ultimi vizi o difese contro l'atto astratto ha, su di esso, lo *stesso effetto* che ha il far valere la mancata realizzazione dello scopo, cioè non mai la nullità. Invece

---

pro soluto o *pro solvendo*). Un accordo, che precede l'atto astratto, esiste sempre, se non altro come accordo di rafforzamento, novazione o *pro solvendo* di un'obbligazione precedente, anche *ex lege,* o come accordo per un atto astratto da compiersi *credendi causa.* Del resto, poichè il c. d. rapporto fondamentale non è che l'*iter* o processo che mena all'atto astratto, un simile rapporto (che contiene un processo volitivo, se non altro come accordo per l'emissione dell'atto astratto), esiste sempre. Tale accordo o processo volitivo è, per presupposto dello stesso problema dell'astrazione, giuridicamente rilevante o dà luogo ad un rapporto giuridicamente rilevante accanto a quello derivante dall'atto astratto, a differenza di quanto avveniva per l'atto formale, specialmente in relazione ai contratti innominati romani nella loro prima fase (v. *infra* nel testo).

In genere la promessa o l'alienazione, come sopra separata, non menziona il rapporto fondamentale o i *suoi elementi.* Ma, per quanto il caso sia raro, potrebbe anche menzionarlo, se risulta che, secondo l'intento delle parti, tale menzione non deve aver rilievo. Che se questo rilievo è negato per legge (v. ad esempio § 925 cod. civ. germanico), allora il problema dell'astrazione è già risolto in senso affermativo, addirittura con l'imporre per legge l'astrazione.

(20) Parliamo di nullità dell'atto astratto *come tale* o di mancanza dei suoi *propri* effetti, perchè altri effetti può avere un atto separato dal c.d. rapporto fondamentale, come: la conferma di un precedente negozio viziato, se ne sono noti i vizi; il riconoscimento di un debito; l'inversione dell'onere della prova (v. *infra* nota esplicativa n. 4 in fine al presente §).

per l'atto non astratto (e anche per quello formale, in quanto menzioni in modo rilevante lo scopo) la mancata realizzazione dello scopo produce la nullità, mentre l'impugnativa per errore, l'azione in risoluzione, ecc., quando siano ammesse, non producono la nullità, ma l'annullamento, la risoluzione, ecc.

Ciò posto, il problema suaccennato (se convenga ammettere un atto diretto a creare un rapporto distinto da quello « fondamentale », con le note conseguenze) è stato risolto, in linea di principio, in senso negativo dagli artt. 1131 e 1132 c. civ. francese e simili disposizioni di altri codici. Invero questi articoli fanno della « causa », nel senso di rapporto fondamentale, uno dei requisiti dell'atto o, per meglio dire, un rapporto sempre presente nella, o sempre *direttamente* influente sulla promessa o alienazione, anche se separata da tale « causa ». L'atto astratto, *come tale,* è nullo o *sans aucun effet* (v. art. 1131), cioè esso non crea un rapporto distinto da quello fondamentale ,da cui è stato separato; e poichè l'atto astratto è appunto diretto a creare quel rapporto distinto, ben si può dire che, *come tale,* l'atto astratto è nullo o *sans effet.* Se un rapporto (di obbligazione o di alienazione) esiste, esso è sempre il rapporto fondamentale, con le sue caratteristiche,i suoi vizi o difetti, ecc.

Anche se la promessa non menziona la « causa », essa ha soltanto l'effetto dell'inversione dell'onere della prova (v. art. 1132 c. civ francese e altri citati *infra* nella nota esplicativa n. 4 in fine al presente §); ma non costituisce un atto astratto.

Perciò può essere esatto dire, in questo senso e con questo significato del termine « causa », che la promessa o l'alienazione è in linea di principio « causale » o che questa « causa » (*rectius,* la sua costante presenza o diretta influenza) è uno dei requisiti dell'atto.

Soltanto in alcuni casi eccezionali, com'è noto, si ammette nei « sistemi latini » l'atto astratto ,e anche di queste eccezioni è da vedere la precisa portata.

Per le ragioni, cui accenneremo e quali si sostanziano nella diffidenza tradizionale che la *civil law,* a protezione del promittente, ha mostrato verso gli atti astratti, il principio « causale » degli

articoli dei codici surrichiamati suona anche nel senso di principio inderogabile; e cioè, perfino quando la volontà delle parti è diretta a creare l'astrazione, l'atto resta sempre « causale », arrivandosi al massimo a stabilire l'inversione dell'onere della prova (21).

Diversa, com'è noto, è la posizione del cod. civ. germanico (v. *infra* nota esplicativa n. 3 in fine al presente §).

Se così è, il principio « causale » in relazione al problema dell'atto astratto implica una limitazione al principio del nudo patto o del puro consenso, in quanto il patto o intento di fare astrazione non è valido, e, ancora, in quanto, là dove l'astrazione è ammessa, l'atto astratto deve essere rivestito di una certa forma (22) (come s'è visto, al contrario, il preteso requisito della « causa » come realizzazione dello scopo del promittente non implica una limitazione al principio del nudo consenso: v. sopra *sub b*).

Ma quella limitazione non significa inesistenza dell'obbligazione, come per il difetto di *cause suffisante,* sibbene inesistenza di un

(21) Sulla portata dell'art. 1131 c. civ. francese come negazione, in linea di principio, dell'atto astratto, cfr. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese,* traduzione ital., Milano, 1908, § I, p. 7 nota 17, con richiamo alla nota 13 (ove però si confonde la reazione all'atto formale, con la reazione all'atto astratto); e per l'alienazione non astratta, *ibidem,* § 21, p. 246 segg. note 7 e segg.

Sull'inammissibilità, in linea di principio, dell'atto astratto, anche se tale è l'intento delle parti, cfr.: Relaz. del Guardasigilli sul cod. civ. italiano del 1942, n. 615 (in relazione all'art. 1418 cod. civ. italiano); BETTI, *Negozio giur.,* cit., II ediz., p. 104, 180-181, 193-194 e Saleilles ivi cit. (ma il Betti afferma tale principio in relazione alla teoria della causa come funzione economico-sociale: su di che v. nota esplicativa n. 3 in fine al presente §); MESSINEO, *Dottrina generale del contratto,* Milano, 1948, cap. VII, n. 2, p. 217 nota 6 e autori ivi con richiamo a pag. 74 nota 39, cap. II, n. 11. I nostri autori si richiamano agli artt. 1325 e 1418 cod. civ. italiano come contenenti in linea di principio, il rifiuto dell'atto astratto, e l'esigenza dell'atto « causale ».

(22) V. sopra § 18. Così per la forma della cambiale, per la forma scritta nella promessa astratta del § 780, cod. civ. germanico o per quella dell'alienazione immobiliare (§ 873 segg. e 925 cod. civ. germanico, mentre per l'alienazione mobiliare può bastare un non formale costituto possessorio).

Sulle ragioni dell'esigenza di questa forma per l'atto astratto, in quanto diverso da quello formale, v. nota esplicativa n. 3 in fine al presente §.

rapporto distinto da quello fondamentale; o, se si vuole, da un punto di vista pratico, significa soltanto che la posizione di attacco o di difesa del promittene o alienante non può essere aggravata in quel modo che risulterebbe dall'astrazione. In questo senso (e anche a prescindere da un intento delle parti diretto all'astrazione) il rifiuto, in linea di principio, dell'atto astratto nei nostri sistemi latini è ancora un provvedimento per la protezione del promittente o alienante, come la *cause suffisante raisonnable* e *juste*. Quanto alla forma richiesta per l'atto astratto, quando questo è ammesso, essa è un provvedimento, oltre che per la suddetta protezione, anche per la certezza dei rapporti giuridici (v. sopra § 18).

Ma è chiaro che il problema dell'astrazione è assai diverso da quello della *cause suffisante* e anche da quello della causa come funzione economico-sociale (col quale tuttavia è stato confuso: v. note esplicative n. 3 e 4 in fine al presente §). Basti pensare che l'astrazione è in linea di principio rifiutata anche da codici e da autori che nulla sanno o che non si preoccupano nè della *cause suffisante* nè della funzione economico-sociale e che così tendono al riconoscimento, più o meno, del patto nudo (purchè non astratto). Anche nella *common law* l'astrazione della promessa (non formale) è respinta per ragioni che nulla hanno a che fare con la *cause suffisante* o con la teoria della funzione economico-sociale (v. *infra* § 34).

Non si può chiudere questa breve disamina sull'astrazione senza osservare come il problema dell'atto astratto sia stato spesso confuso con quello dell'atto formale puro o in senso proprio, la cui reiezione si è del pari giustificata con l'accoglimento del principio dell'atto « causale » (v. per le citazioni la nota esplicativa n. 2 in fine al presente §).

La confusione, ancora una volta, è avvenuta nell'oscurità creata dal termine « causa ». L'articolo 1131 c. civ. francese e simili respingerebbero così l'atto formale puro in quanto non causale o astratto.

Ma è chiaro che i due problemi sono diversi, anche se è vero, com'è vero, che il nostro diritto dei contratti non è più un diritto formale.

Invero, nell'atto formale in senso proprio o puro, in cui l'obbligazione o l'alienazione deriva dalla forma per sè (v. sopra § 1), il rapporto precedente o « fondamentale » non ha alcun rilievo, nè diretto nè indiretto, sull'atto formale o sul rapporto da questo creato, per la semplice ragione che *giuridicamente* quel rapporto precedente non esiste. Non si ha, come nell'atto astratto, coesistenza di due rapporti (in certo modo interferenti fra loro), ma un solo rapporto. Il problema dell'atto astratto è assorbito da quello dell'atto formale puro. E vi è assorbito anche il problema della « causa » come scopo del promittente o alienante (v. sopra *sub b* e *sub c*), così come i problemi dell'errore, dei presupposti più o meno taciti o espressi circa le qualità della cosa, ecc., problemi connessi anche col metodo rigido o letterale di interpretazione dell'atto formale. I moventi o presupposti, anche i più importanti o comuni, come quello di adempiere un debito o di ottenere una controprestazione, non hanno rilievo, nè diretto nè indiretto, se non sono espressi nella forma o in certe clausole *standard* che possano farne parte e che sono state create dal costume o nelle fucine degli autori o esperti del diritto formale secondo il costume stesso (23). A *fortiori,* quei moventi o presupposti non rilevano, se per la forma o formula non sono state create simili clausole *standard.*

La « causa », come scopo, e la stessa volontà, di cui tale scopo fa parte, non rilevano in quanto causa o volontà, ma in quanto forma, cioè in quanto espresse in modo giuridicamente rilevante nella forma, secondo quelle clausole *standard.*

Con gli artt. 1131 cod. civ. francese e simili, secondo una certa interpretazione, dandosi rilievo alla « causa » come scopo o volontà per sè, si è inteso anche dire che il nostro diritto ha respinto il si-

(23) Perciò quei presupposti, in quanto espressi in quel modo, hanno nell'atto formale un rilievo diretto (come nell'atto causale non formale, v. *infra* nel testo), a differenza dell'atto astratto, ove hanno un rilievo indiretto anche se ivi non espressi, anzi in quanto non vi sono espressi. Viceversa, un presupposto, non espresso nell'atto formale puro, non ha alcun valore, mentre ha valore (indiretto) rispetto all'atto astratto.

stema dell'atto formale e i criteri letterali rigidi o formalistici di interpretazione che vi sono connessi (v. autori citati nella nota esplicativa n. 2 in fine al presente §).

In fondo, rispetto all'atto formale, la « causa » o il problema della « causa » ha quello stesso senso che essa ha rispetto all'atto non astratto, e non il senso di rapporto fondamentale da cui si astrae. Ha, cioè, il senso di causa *solvendi* o *adquirendi* e anche di presupposto (v. sopra *sub b* e *sub c*). Invero, rispetto ad un atto formale che menziona, in modo giuridicamente rilevante, tale scopo o presupposto, la reazione sull'atto della mancata realizzazione dello scopo o presupposto è quella stessa reazione *diretta* che si ha nel caso di atto non astratto: cioè, l'atto è invalido (v. sopra *sub b* e *sub c*). Se l'atto formale non lo menziona o non può menzionarlo in modo rilevante, dovrebbe mancare ogni reazione (23 bis): che, se questa reazione, indiretta ed entro certi limiti, è talvolta ammessa, essa è ispirata dall'idea di equità o di evitare un ingiusto arricchimento, piuttosto che dall'idea della presenza di un rapporto sottostante o « fondamentale », *giuridicamente* esistente *accanto* a quello formale e spiegante su questo, in modo più o meno indiretto, i suoi effetti.

In proposito non è azzardato pensare che il sistema romano della *stipulatio* e della *mancipatio* e degli altri atti formali (se non della *traditio*), all'epoca in cui fu ammesso come correttivo il sistema delle *condictiones sine causa,* rappresentava un *quid medium* fra l'atto formale puro e l'atto astratto nel senso moderno (24). In questo, secondo la nostra mentalità, la *condictio* o, meglio, la difesa dell'autore dall'atto o la restituzione, anche in separato giudizio, è fondata sull'idea di un rapporto fondamentale, in quanto *giuridicamente* sussistente *accanto* a quello creato dall'atto astratto, piuttosto che sulla

---

(23 bis) In altri termini: nell'atto formale, come nell'atto non formale e non astratto, un'impugnativa o è ammessa in via *diretta* contro l'atto, o non è ammessa affatto; proprio il contrario di ciò che avviene per l'atto astratto, dati i suoi scopi.

(24) Per questa evoluzione nel diritto romano dell'atto formale puro verso l'atto astratto, cfr. SAVIGNY, *Obligations,* cit., II, § 78, p. 416.

idea di un ingiustificato arricchimento o di un correttivo in equità contro le durezze dell'atto formale (25). Nel diritto romano, all'epoca suddetta ,in quanto il nostro « rapporto fondamentale » non era riconosciuto (come nel caso dei negozi innominati nella fase in cui era concessa soltanto la *condictio causa data causa non secuta*), o in quanto tale rapporto era per così dire assorbito ed estinto nell'atto formale, la *condictio,* più che come proiezione del « rapporto fondamentale », era concessa per ragioni di equità, cioè per evitare un ingiusto arricchimento e temperare così le durezze del diritto formale (26).

Sembra antistorico prestare ai romani la nostra mentalità e il nostro bagaglio di idee circa l'astrazione, come separazione di un atto dal suo « rapporto fondamentale » giuridicamente esistente e operante *a latere* dell'atto stesso, e circa le ragioni pratiche o economiche che han fatto sorgere questa nostra concezione dell'astrazione (protezione del credito, circolazione del credito e dei beni, sicurezza dei rapporti giuridici, ecc.: tali, ad esempio, le ragioni che si invocano pel sorgere e il mantenersi della cambiale). Pei romani, probabilmente, il sistema delle *condictiones sine causa* derivava dall'originario sistema dell'atto formale puro (la forma che è tutto!) e dall'esigenza di correggerne le durezze, cioè di *reagire* contro quel sistema, piuttosto che, come è avvenuto per la nostra cambiale, dall'esigenza o dal desiderio di creare, pei bisogni del credito e della circolazione dei beni, un atto astratto separato, fino ad un certo punto, dal « rapporto fondamentale » (concetto, quest'ultimo, che nasce con quello stesso di atto astratto!).

Può essere che, sotto certi aspetti, il sistema dell'atto formale,

(25) Del resto, l'effetto proprio dell'atto astratto è quello di non ammettere, almeno in via diretta, le difese fondate sul rapporto fondamentale, o di creare delle remore a tale difesa (v. nota esplicativa n. 3 in fine al presente §). Ora, l'escludere o il limitare le difese per l'errore, la violenza, l'inadempimento della controparte, ecc., non implica di per sè un ingiusto arricchimento.

(26) Il richiamo all'equità naturale si trova negli stessi testi romani: Cfr. D. XII, 6, 14.

corretto dalle *condictiones sine causa,* resistesse o venisse mantenuto in quanto presentava vantaggi analoghi a quelli del nostro atto astratto (per quanto le forme della *stipulatio* e della *mancipatio* costituissero piuttosto un imbarazzo allo sviluppo dei commerci), ma le ragioni di essere di quel sistema sono diverse da quelle della nostra astrazione.

Comunque, e nonostante questa diversità, è certo che, in quanto l'atto formale puro, che non menzioni in modo rilevante lo scopo o « causa » o presupposto, produce effetti analoghi, anzi più gravi di quelli di un atto astratto, l'art. 1131 cod. civ. francese e gli altri simili, respingendo in linea di principio il sistema dell'atto astratto, hanno respinto a *fortiori* anche quello dell'atto formale puro.

f) *Sul significato del termine « causa » nei nostri codici e sul contenuto normativo degli artt.* 1131 *c. civ. francese e simili.*

Molto probabilmente negli articoli dei nostri codici che parlano di « causa » non sussiste la confusione, in cui sono caduti gli autori, fra *cause suffisante* e causa come realizzazione dello scopo del promittente (v. sopra *sub b* e *infra* nota esplicativa n. 2 in fine al §), o non sussiste fino a tal punto (27).

La causa dell'art. 1131 c. civ. francese e simili non è la *cause suffisante, raisonnable et juste,* requisiti che risultano da un complesso di altre norme o principi (v. sopra § 13 *sub e* e § 14 segg.) (28).

(27) All'art. 1131 cod. civ. francese si può rimproverare soltanto di aver fatto della « causa », come realizzazione dello scopo pel promittente, un requisito del contratto (v. sopra nota 9), e di aver messo il relativo problema in un solo pentolone con problemi diversi, come quello dell'astrazione e della liceità.

(28) Anche quella certa protezione del promittente, che arieggia la *cause raisonnable* e che si è voluta trarre dall'art. 1131 (v. *infra* § 23), non vi è in realtà contenuta: essa, più che dall'art. 1131, si deve trarre per analogia dai principii sulla *cause suffisante, raisonnable et juste,* quali abbiamo illustrati sopra §§ 1-21.

Secondo risulta dalla tradizione e da tutti i precedenti, sotto il nome di *cause fausse ou inexistante, présumée,* ecc., quegli articoli considerano soltanto i problemi della mancata realizzazione dello scopo, dell'astrazione e del *billet non causé* (29). Anzi, gli articoli stessi furono scritti nel presupposto (inesatto) del principio del valore del patto nudo. Di più, il difetto di *cause suffisante, raisonnable* o *juste* non dà sempre luogo a nullità, come invece comminano gli artt. 1131 c. civ. francese e simili (v. sopra § 11 nota 7, § 14 *sub* e § 14 *bis*, § 20 *sub b,* e § 21 *sub b*). Nè si dimentichi che, fra le *cause* valide dell'art. 1131 e simili, gli autori anteriori e posteriori al codice comprendono la causa di liberalità, sia sotto il profilo del problema della realizzazione dello scopo (le tre classiche cause: *solvendi, adquirendi, donandi*), sia sotto il profilo del preteso valore del puro consenso presupposto di quegli articoli (v. sopra §§ 5 e 6). Ma la causa di liberalità è proprio quella che, ai fini dello schema formale della donazione, solleva il problema della forma e della *cause suffisante* ad escluderla.

Ciò posto, sembra che il contenuto *normativo* dell'art. 1131 c. civ. francese e simili (a parte il requisito della liceità), è il seguente:

1°) invalidità della promessa o dell'alienazione per una *causa solvendi* o *adquirendi* non realizzata (v. sopra *sub b* specie nota 5) e, a seguito di una certa possibile estensione analogica, per ogni *condicio sine qua non* non realizzata (v. sopra *sub c*);

2°) reiezione, in linea di principio, dell'atto astratto e di quello formale (v. sopra *sub e*).

Questo sembra il contenuto normativo dell'art. 1131, problema che ha tanto affaticato la mente degli interpreti (30).

---

(29) Tenendo presente il passo del Pothier (*Traité des Oblig.*, n. 42, riferito *infra* nota esplicativa n. 2 in fine al presente §), sembra chiaro che la *causa inexistante* dell'art. 1131 è ancora la *cause fausse,* come mancata realizzazione di una *causa solvendi* o *adquirendi* (v. sopra *sub b*).

(30) Se gli artt. 1131 cod. civ. francese e simili non fossero diretti a risolvere i due problemi di che nel testo, tali articoli sarebbero *privi di contenuto normativo,* e diverrebbero una mera sintesi teorica o di sistemazione

Quanto al nostro codice, è altrettanto dubbio che gli artt. 1325 e 1418 cod. civ. ital., ponendo la « causa » fra i requisiti del contratto, vogliano alludere ai problemi della *cause suffisante, raisonnable et juste.* Per lo meno, nessuno lo ha mai sostenuto. Gli articoli 1325 e 1418 vogliono piuttosto alludere al requisito della causa *lecita* e, con ogni probabilità, anche a quello della funzione economico-sociale (v. sopra § 19). Ma non è escluso che alludano anche ai problemi della mancata realizzazione dello scopo, almeno sotto certi aspetti, per farne derivare o anche solo per « spiegare » la nullità del contratto (v. nota esplicativa n. 2 in fine al §, specie quanto all'art. 1418; e ciò nonostante che la Relaz. del Guardasigilli n. 613 voglia respingere ogni concezione soggettiva della « causa » come scopo pratico perseguito dal contraente). Ed è infine probabile che con la magica parola « causa » gli artt. 1325 e 1418 vogliano alludere anche al problema dell'astrazione, per dargli in linea di principio una soluzione negativa, la quale implica in certo senso che la « causa », come scopo determinante della promessa o della alienazione (magari valutato oggettivamente come *causa debendi, adquirendi, donandi*) è un elemento integrante o « requisito » dell'atto (v. sopra *sub e* nota 21). Dunque, anche pel diritto italiano si può dire che i requisiti della *cause suffisante, raisonnable et juste,* che pur sussistono nel nostro diritto, non risultano dall'art. 1325 e dagli altri che parlano della « causa » del contratto.

Quanto al codice civile tedesco e simili, com'è noto, il problema della causa come mancata realizzazione dello scopo e i problemi connessi, se non sono trattati in un articolo come l'art. 1131 c. civ. francese o simili, sono disciplinati più o meno direttamente dai §§ 812

scolastica, sotto un unico concetto, di altre norme. Invero le norme su l'errore, la *condictio indebiti,* la risoluzione per inadempienza, l'impossibilità originaria o sopravvenuta della controprestazione, la garanzia pei vizi redibitori e simili, tutte norme che si vogliono spiegare coll'esigenza di realizzare lo scopo generico o volontà del contraente (v. sopra *sub d*), queste norme già si trovano in altri articoli dei nostri codici o risultano altrove da questi: v. ad esempio artt. 1109 segg., 1138, 1184, 1235 e 1376 segg., 1601, 1641, 1705, 1721, 1722 ecc. cod. civ. francese e le disposizioni analoghe dei nostri codici.

e segg., 780 segg. (v. sopra *sub b*). Anche qui, i problemi della *cause suffisante, raisonnable et juste* e del valore del nudo patto in genere, che pur sussistono, non sono trattati negli artt. che parlano più o meno espressamente di causa (*rechtliche Grund*). Di più: nel codice civ. germanico il problema della liceità è risolto in base a concetti o mezzi tecnici diversi da quello di « causa lecita » (v. § 138 c. civ. germanico); mentre non vi si trova un articolo che, come il nostro articolo 1325, alluda o possa alludere al requisito della « causa » come funzione economico-sociale.

NOTE ESPLICATIVE

1) *Sul significato del termine « causa ».*

Il Barassi (*Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, II, p. 52 nota 1), rileva, con lo Zitelmann, gli errori gravissimi che possono nascere da questo equivoco terminologico. E, dopo aver fatto, sulle orme del Voigt, una rassegna dei vari significati del termine causa, conclude, « E chi più ne ha più ne metta! ».

Già nei testi romani, fra le tante cose, la parola significava, per quanto più da vicino ci interessa:

a) Il motivo o scopo *irrilevante* di una *datio* o di una *stipulatio* ai fini dell'azione in ripetizione o *condictio*: *datio ob causam*, specialmente *praeteritam*, in contrapposizione alla *datio ob rem* (cioè, per una controprestazione da eseguire) e *propter condicionem*. E ciò anche in relazione al problema di vedere se, in una donazione, il motivo è secondario o elevato a *condicio sine qua non*. V. ad es. D. 12, 6, 52 e 65 e D. 39, 5, 2 e 3. Su questi problemi v. anche sopra *sub b* e *sub c*.

b) Lo scopo *rilevante* di una *datio* o di una *stipulatio* ai suddetti fini della *condictio*. Cfr. il titolo 12, 7 del Digesto, ove la stessa espressione « *ob causam* » è usata ad indicare lo scopo rilevante, la cui mancata realizzazione dà luogo alla *condictio*. Nel titolo 12, 4 del Digesto la *causa non secuta* è la controprestazione, la cui mancanza dà luogo alla *condictio causa data causa non secuta* (la quale ultima è appunto la *res* della D. 39, 5, 19, § 6, delle D. 12, 6, 52 e 65 testè citate e della D. 19, 5, 5 ove si parla di *datio ob rem*!). Pel titolo 19, 5 del Digesto, a proposito dei contratti innominati, valgono le stesse osservazioni; v. ad es. D. 19, 5, 15 ove, riferendosi alla *causa* o controprestazione per cui si fece

la *datio,* si parla di una *datio* « *ob causam* ». Si vedano anche D. 22, 3, 25 § 4 a proposito della « causa » nella *cautio indiscreta* (v. *infra* nota esplicativa, n. 4), nonchè la D. 44, 44, 2 § 3 a proposito della *stipulatio sine causa.*

c) Il motivo rilevante e anche irrilevante di un legato o di un atto di liberalità: D. 35, 1, 12 e 72 § 6.

d) L'intento di pura liberalità o *causa liberalitatis* nel problema di distinguere (in una *stipulatio,* in una *datio,* in un costituto di debito) la donazione da un negozio che donazione non è. E ciò ai fini dei divieti di donare, della misura della responsabilità del donante, dei limiti alle donazioni (*lex Cincia*), ecc., e poi anche ai fini del problema della insinuazione e della forma, che diverrà nel diritto comune quello della *cause suffisante* (v. sopra § 2 *sub c* e § 5 e 10 segg.). Cfr. D. 39, 5, 1 pr.; 19 pr.; e 33. La *causa liberalitatis,* in questo senso, è l'elemento che serve a distinguere un negozio dall'altro, ai *suddetti fini.*

e) La « causa » (del contratto) come *negotium,* più o meno tipico, o come rapporto di scambio, dalla cui presenza dipende il riconoscimento giuridico della convenzione come fonte di obbligazioni, escludendosi, cioè, che si tratti di un nudo patto (v. sopra § 2 *sub a*). Cfr. D. 2, 14, 7 § 2 e 4 e D. 19, 5, 15. Qui il termine « causa » concerne il problema del valore del nudo patto.

Questo significato del termine « causa » è diverso da quello della « *causa data* », come prestazione *eseguita* che dà luogo al riconoscimento di un'azione contrattuale (*praescriptis verbis*) per ottenere la controprestazione nei contratti innominati, benchè tale *datio* ai fini di uno scambio costituisca appunto il *negotium,* che è la « causa » nel senso di cui alle succitate leggi D. 2, 14, 7 § 2 e 4 e D. 19, 5, 15.

f) Lo scopo giusto o *justa causa* come ragione giustificativa della validità di una *pollicitatio* alla *res publica*: D. 39, 5, 19 pr. e D. 50, 12, 1 § 1.

g) Lo scopo turpe o illecito, nel problema della *condictio ob turpem vel iniustam causam.* Cfr. il titolo D. 12, 5, ove la *causa* sembra essere l'intento o scopo illecito, di fronte alla stessa controprestazione o *res* che si vuol ottenere e che può pure essere in sè un fatto turpe o illecito (*datio ob causam, datio ob rem*).

h) La *causa traditionis* o la *justa causa traditionis,* intesa ora come il rapporto o scopo in base al quale si fa la *traditio,* ora come un rapporto o scopo qualificato (vendita, ecc.). Si tratterebbe o del problema di vedere se la consegna materiale della cosa fu fatta per trasferire la pro-

prietà e non, ad esempio, per un pegno, un deposito ecc. (e all'uopo giova far ricorso alla *causa,* scopo o rapporto per cui avvenne la consegna); ovvero addirittura di limitare la validità della *traditio* ai casi in cui la causa abbia un certo valore oggettivo di giustificazione del trasferimento. Cfr. SAVIGNY, *Obligations,* cit., § 78 e testi ivi.

i) Nella D. 44, 7, 55 la *causa contrahendi* è il tipo, o anche il contenuto essenziale della convenzione, sul quale occorre vi sia l'accordo delle parti. Qui, dato il problema, che è in fondo quello del dissenso, la « causa » ha un significato diverso da quello testè indicato *sub e.*

Come si vede, in tutti questi testi il termine causa è usato con una sconcertante varietà di significati e in vista di problemi diversi; e ciò perfino nell'espressione *ob causam,* ov'è usato per indicare ora il motivo irrilevante, ora lo scopo rilevante: onde nasceranno le distinzioni fra *causa impulsiva* e *causa finalis.*

Appena occorre notare che questa babele terminologica passerà negli interpreti e si perpetuerà fino ad oggi. Ne abbiamo visto in questo § i deleteri effetti specialmente pel problema che ci interessa, quello del valore del nudo patto.

Il Mirabelli, *Causa subiettiva* e *causa obiettiva, Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile,* 1951, p. 325, sulle orme del Chevrier (*Essai sur l'histoire de la cause,* cit. al § 1), distingue i vari problemi contrattuali che, già per i glossatori, andavano sotto il nome di « causa » e indica le « aberrazioni » che nacquero da questi equivoci terminologici.

Se fosse possibile riassumere tutti i vari significati che il termine « causa » andò assumendo nella *civil law,* almeno per quanto concerne la materia dei contratti e delle attribuzioni patrimoniali, si potrebbe dire che « causa » significa, da un lato, lo scopo o motivo del promittente o alienante, cioè la *causa della volontà;* e, dall'altro, la ragione giustificativa o *causa della sanzione giuridica* della promessa. Ma entrambi i sensi sono quanto mai vaghi, se non si specifica in funzione di quale problema si considerano i relativi concetti di scopo e di ragione giustificativa.

2) *Sulla confusione fra la « causa » nel senso di ragione oggettiva per la sanzione giuridica della promessa o alienazione (cause suffisante, ecc.) e la causa nel senso soggettivo di realizzazione dello scopo del promittente o alienante: v. sopra sub b in fine.*

Quanto a Domat, si confronti il celebre passo riferito sopra al § 5 (ove la « causa » è intesa nel senso oggettivo di ragione giustificativa del riconoscimento giuridico della promessa o alienazione o, almeno, anche

in questo senso) con il passo della sez. V, n. 13 dello stesso libro I, parte I delle *Lois civiles,* ove la mancanza di « causa » è intesa nel senso soggettivo di mancata realizzazione di uno scopo *solvendi* o *adquirendi,* e ove Domat cita naturalmente i testi romani in tema di *condictio sine causa.* I due passi non sono contigui.

Ma contigui sono nell'altrettanto celebre e forse più importante (come base della redazione dell'articolo 1131 cod. nap.) passo del Pothier, *Traité des obligations,* n. 42, che val la pena di riferire.

« *Du défaut de cause dans le contrat.*

Tout engagement doit avoir une cause honnête.

Dans les contrats « intéressés », la cause de l'engagement que contracte l'une des parties, est ce que l'autre partie lui donne, ou s'engage à lui donner, ou le risque dont elle se charge. Dans les contrats de « bienfaisance », la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre, est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle.

Mais lorsque un engagement n'a aucune cause, ou, ce qui est la même chose, lorsque la cause pour laquelle il a été contracté, est une cause fausse, l'engagement est nul, et le contrat qui le renferme est nul.

Par exemple, si croyant faussement vous devoir une somme de dix mille livres qui vous avait été léguée par le testament de mon père, mais que a été révoquée par un codicille dont je n'avais pas connaissance, je me suis engagé de vous donner un certan héritage en paiement de cette somme, ce contrat est nul, parce que la cause de mon engagement, qui était l'acquittement de cette dette est une cause qui s'est trouvée fausse: c'est pourquoi la fausseté de la cause étant reconnue, non seulement vous ne pouvez avoir d'action pour vous faire livrer l'héritage; mais si je vous l'avais déjà livré, j'aurais action pour vous le faire rendre; et cette action s'appelle « condictio sine causa ». Voyez le tit. ff. de « Condictio sine causa » ».

La prima parte di questo passo, già riferita sopra al § 5 *sub b,* con l'allusione alla *cause honnête* (di cui Pothier parlerà ancora in seguito) e alla *cause suffisane,* concerne il concetto di « causa » nel senso oggettivo di ragione del riconoscimento giuridico dell'*engagement.*

Ma la seconda parte, che tratta della mancanza di causa, concerne evidentemente la « causa » nel senso soggettivo di realizzazione dello scopo dell'attribuzione patrimoniale; e vi si tratta precisamente della *causa solvendi* neppur menzionata nè menzionabile nella prima parte del passo.

L'annotatore del *Traité des obligations* di Pothier, nell'edizione da noi citata (Parigi, 1848), osserva giustamente che quel passo è stato la base della redazione dell'art. 1131 cod. nap., ove però, continua l'annotatore, i redattori, a differenza del Pothier, hanno male distino il caso di *cause fausse ou putative* dal caso di *cause inexistante*, « *car toute personne qui s'oblige a une cause au moins putative pour contracter cet engagement* ».

Quanto alla confusione (oggetto di questa nota critica) presso gli autori francesi sul codice, le citazioni sarebbero inutili. Basta consultare un qualsiasi trattato o commento in materia. Ci limitiamo, per semplice richiamo, alle citazioni seguenti:

DALLOZ, *Les Codes Annotés, Nouveau Code Civil,* cit., art. 1131 e autori e giurisprudenza ivi. Ai nn. 1, 3 a 6, 62, 65, 80, 88, 89 sotto l'ar. 1131 si tratta il problema della *cause fausse ou inexistante* nel senso soggettivo di *causa solvendi o adquirendi* non realizzata. Ma ai nn. 7 a 16, 19 a 24, 28 a 57, con richiami al commento degli artt. 894 e 931, si tratta del problema della *cause suffisante* nel senso *oggettivo* di un requisito vero e proprio (accanto alla forma) per il riconoscimento giuridico o sanzione del contratto.

Lo stesso Demogue, che sotto la voce « causa » considera principalmente il problema della ragione giusificativa della sanzione della promessa, tratta assieme anche della causa come realizzazione dello scopo del promittente o alienante (v. *Traité des obligations,* cit., II, n. 748, specialmente ai nn. 765-766).

Significativo è anche il conciso schizzo del *Traité pratique de droit civil français* di Planiol e Ripert, cit., VI, n. 249-253 e 262 segg. Ivi, dopo aver distinto la causa illecita dalla causa come « *contrepartie* », l'indagine si complica e si confondono i problemi della reazione contro l'atto formale e della realizzazione dello scopo (v. sopra *sub e*), con il problema della necessità, in linea di principio, di una « *contrepartie* » quale ragione giustificativa della sanzione della promessa. Molti dei casi menzionati al n. 262 appartengono più al primo problema che al secondo.

Analogamente, nel PLANIOL, *Traité élém.*, cit. II, n. 303, dopo aver posto il « *donnant donnant* » come ragione giustificativa della sanzione giuridica (v. sopra § 13 *sub d* in fine), si adduce, come esempio di mancanza di causa, quello del perimento della cosa prima della vendita, esempio che appartiene al problema della « causa » come realizzazione dello scopo *adquirendi* (v. sopra nota 5).

La confusione è ancor più chiara in CAPITANT, *De la cause des obligations* (cito sempre l'ediz. 1923) p. 83 nota I, 91-93 e 99-166, ove il pro-

blema della causa del contratto nel diritto romano, come problema di una ragione oggettiva per la sanzione della promessa non formale (v. sopra § 2), è confuso col problema della causa come « *but* », presupposto o scopo del contraente o dell'alienante. Pag. 114-116, 120, 122, 139-141, ove quest'ultimo problema è confuso con quello della *stipulatio* come clausola di stile, della « *datio vel factum* » e della *justa causa* come *vestimenta* del nudo patto; tutti concetti o espedienti che, presso i primi interpreti e nello svolgimento della *civil law,* servivano appunto a stabilire quali promesse (sostanzialmente non formali) avessero in sè una ragione oggettiva o una forma per la sanzione giuridica.

Nei nn. 1, 2, 6, 57, 58 e *passim,* il Capitant connette la sua concezione della « causa », come *but* o scopo soggettivo del dichiarante (da realizzare), con l'evoluzione del nudo patto e col preteso riconoscimento del *solus consensus obligat* (v. anche quanto ne diciamo *sopra sub d* e *sub e*).

Quanto agli autori di *common law* richiamati sopra *sub b,* cfr. ad esempio, LORENZEN, *Causa and consideration in the law of contracts, Yale law Journal,* 1919, vol. 28, p. 627-630, 635, 645, ove si tratta della causa come presupposto o scopo del contraente; mentre altrove si tratta della causa sufficiente come problema di sanzionabilità della promessa, senza porre fra i due problemi la netta distinzione che essi meritano. Cfr. anche MASON, *The utility of consideration, a comparative view, Columbia Law Review,* 1941, vol. 41, p. 825 segg. Come vedremo, per gli autori di *common law* il problema si complica anche con quello della « causa » ragionevole come prova della volontà di obbligarsi sul piano giuridico (v. *infra* § 37).

Quanto ai pandettisti tedeschi, v. autori citati nel passo del Savigny richiamato sopra a nota 9.

Quanto agli autori italiani, se essi in una prima fase seguirono quasi pedissequamente la dottrina francese, in una seconda fase la teoria della funzione economico-sociale, come ragione oggettiva del riconoscimento giuridico del contratto (a parte le critiche che le si possono rivolgere, v. § 19), venne in certo senso ad immunizzarli dalla suaccennata confusione. Ma non tanto che questa non riaffiori, contro la stessa buona volontà dei nostri autori. Chi scrive vuole anzitutto farsi carico di un simile errore, poichè nel suo lavoro *Del Rischio e Pericolo nelle obbligazioni,* Padova 1934, e nella sua *Compravendita,* Torino 1937, n. 14 segg., considerò come difetto di « causa » del contratto (causa come funzione di scambio) la mancata realizzazione di una *causa adquirendi,* special-

mente a proposito del perimento della cosa venduta *ante* vendita o dell'impossibilità sopravvenuta della controprestazione.

Ma altri autori sono caduti in analoghe confusioni.

Lo stesso Betti, uno dei più strenui sostenitori di quella teoria oggettiva della « causa » del contratto, considera come casi di difetto di questa anche quelli di irraggiungibilità in concreto della « causa », fra cui dei casi tipici di difetto di « causa » come mancata realizzazione dello scopo del contraente (cfr. BETTI, *Neg. giur.*, cit., p. 86, ove si cita il § 812 c. civ. germanico concernente appunto la causa o *Zweck* in quel secondo senso — v. sopra *sub b* ed *e*; nonchè pag. 186-187 e 389, ove si citano gli articoli 1276 e 1453 c. civ. ital.). Ancora, a pag. 104, 180, 193 segg. e 195-204 il Betti fa rientrare nella teoria della funzione economico-sociale il problema dell'astrazione della « causa », ove questa ha spesso il senso di causa o scopo *solvendi* e *adquirendi* da realizzare o, comunque, di rapporto fondamentale da realizzare accanto all'atto astratto: v. sopra *sub e* e *infra* nota esplicativa n. 3 (in proposito il Betti cita a p. 199 l'art. 1463 c. civ. italiano e a pag. 204 l'art. 1453 come casi di deficienza di « causa », in realtà concernenti il problema di che sopra *sub b*).

Per una considerazione del problema dell'astrazione sotto l'aspetto della teoria della causa come funzione economico-sociale, cfr. anche la Relazione del Guardasigilli sul nuovo codice civile italiano, n. 615 e MESSINEO, *op. infra* cit., p. 217 nota 6.

Il MESSINEO, *Dottrina gen. del contratto,* Milano, 1948, Cap. II, n. 11-12, distingue la causa del contratto, come funzione economico-sociale, dalla causa dell'obbligazione o attribuzione patrimoniale, in cui fa rientrare, *fra gli altri,* anche i casi tradizionali di mancata realizzazione della causa o scopo *solvendi* e *adquirendi* (e vi comprende anche l'ipotesi di inadempimento della controbbligazione, art. 1453 e 1460 c. civ. ital.: sul che v. sopra nota 5).

Senonchè, nel caso di deficienza originaria della *causa adquirendi,* ad esempio, perimento *ante* vendita della cosa, il Messineo (p. 76) vede una deficienza anche della causa del contratto come funzione economico-sociale (v. in proposito sopra nota 5). Di più: lo stesso difetto di *causa solvendi* o *adquirendi* non appare nel Messineo col suo significato tradizionale e proprio di mancata realizzazione dello scopo del contraente (causa in senso soggettivo: v. sopra *sub b* specie nota 8); ma viene riassunto nel concetto generico di difetto di una ragione giustificativa dell'attribuzione patrimoniale, il quale dà luogo ad arricchimento ingiusto (*op.* e *loc. cit.*; per una simile concezione oggettiva v. anche Santoro,

Passarelli e Betti cit. dal Messineo a pag. 76 nota 40). Mediante una simile concezione oggettiva della *causa solvendi e adquirendi,* concezione contraria a tutto lo sviluppo storico del nostro diritto e alla stessa *ratio* della *condictio* (v. sopra *sub b*), si viene un'altra volta a creare la confusione fra il problema della « causa », come ragione giustificativa della sanzione di una promessa o di un'alienazione, e il problema della « causa » nel senso di che sopra *sub b.*

Eppure il Messineo (p. 77 nota 41) aveva ben rilevato come la Relazione del Guardasigilli sul nuovo codice civile italiano, n. 615, avesse confuso la *cause fausse* dell'art. 1131 cod. civ. francese e 1122 cod. civ. italiano del 1865 (v. sopra *sub b*), con la causa del contratto come funzione economico-sociale.

Tale è la prepotenza dell'equivoco terminologico e concettuale insito nella parola « causa », che anche gli autori animati dalla migliore buona volontà non riescono a sottrarvisi; e, se lo tentano, creano magari ulteriori confusioni (come pel cennato concetto *oggettivo* di « causa dell'obbligazione » ai fini dell'azione di ingiustificato arricchimento: v. Messineo sopra cit.).

In fondo, il breve schizzo storico che abbiamo tratteggiato in questa nota esplicativa e nella precedente, a proposito dell'equivoco terminologico e concettuale, mostra, se la storia ha da insegnare qualcosa, che da Domat a Pothier fino alla più recente e illuminata scienza giuridica non si sono fatti grandi o definitivi passi per liberarsi da quell'equivoco. La confusione, che ancora riaffiora, è quella stessa fondamentale che risulta nei celebri brani di Domat e Pothier coi quali abbiamo iniziato questa nota.

3) *Sull'atto astratto.*

Come si è già detto (v. sopra *sub e*), non è qui il luogo per trattare diffusamente di questo tema, che non rientra direttamente negli scopi del nostro corso. Qualche chiarimento sarà tuttavia opportuno, perchè lo studente possa intendere la portata del principio contrario alla astrazione cui si è sopra accennato *sub e.*

L'astrazione significa che l'*iter* o processo, per cui si arriva alla formazione di un atto astratto, ne resta separato, e l'atto è valido per sè, come fonte di un proprio rapporto e si potrebbe anche dire di un diritto o di un'azione per sè stante.

Quell'*iter* o processo che sfocia nella formazione dell'atto astratto si riassume, più o meno esattamente, nel termine o concetto di « rapporto fondamentale » (v. sopra nota 19): un rapporto che, tuttavia, a diffe-

renza del caso dell'atto formale (v. sopra *sub e*), è giuridicamente riconosciuto e giuridicamente efficace; sicchè si presenta il fenomeno di due rapporti giuridici, uno accanto all'altro, con proprie qualità o caratteri. Per esempio: se una cambiale viene emessa per il prezzo di una compravendita, v'è un rapporto di debito inerente alla compravendita (coi relativi caratteri) e un rapporto cambiario.

Tutti i mezzi di attacco o di difesa del compratore inerenti al rapporto di compravendita (errore, dolo, violenza, mancata realizzazione del presupposto o perimento della cosa venduta prima della vendita, risoluzione o eccezione per inadempienza, vizi redibitori, lesione, ecc.) e anche all'accordo per l'emissione della cambiale (che pure potrebbe essere viziato da violenza o simili e che fa parte del suaccennato *iter* sfociante nell'atto astratto), tutti questi mezzi non possono essere spiegati *direttamente* contro la cambiale o l'azione cambiaria, appunto perchè si tratta di due rapporti distinti.

Se tali mezzi di attacco o di difesa, inerenti al rapporto fondamentale, possono talvolta essere ammessi nello stesso giudizio cambiario, ciò non avviene mai direttamente, ma soltanto pel principio *dolo facit qui petit quod redditurus est.*

E se l'atto astratto è un'alienazione perfetta eseguita anche nella consegna (per cui l'alienante non è più soggetto ad alcuna azione da parte dell'acquirente), i mezzi di attacco non tendono alla nullità dell'atto, ma soltanto a neutralizzarne gli effetti mediante un'azione personale di restituzione o di ritrasferimento, se ciò è possibile.

Che se, nel caso di una cambiale o in genere di una promessa astratta, il principio *dolo facit* ecc. ammette il promittente a spiegare sempre e senza alcuna limitazione nel giudizio cambiario tutte le difese inerenti al rapporto fondamentale, ivi compresa l'azione di risoluzione della compravendita o l'eccezione di inadempimento, allora bisogna concludere che, almeno nei rapporti fra le parti, la cambiale si riduce ad un *billet non causé* e non ha più l'effetto pratico di un atto astratto, cioè di un atto che crea un rapporto o azione per sè stante. La stessa concezione tecnica di un rapporto (cambiario) distinto dal rapporto sottostante, ispirata dalle ben note ragioni pratiche, non ha allora, almeno nei rapporti fra le parti, più alcuna ragione di essere. Nè l'eventuale qualità di titolo esecutivo, nel documento che contiene la promessa astratta, è sufficiente per la concezione di un rapporto distinto da quello fondamentale: tale qualità compete, ad esempio, anche ad un atto notarile di mutuo, che non reca certamente una promessa astratta. L'unico indice di un'azione o rapporto

distinto potrebbe essere quello di una particolare prescrizione dell'azione cambiaria, specie nel caso in cui la prescrizione del rapporto sottostante sia più breve (nel qual caso ciò che si è pagato, anche forzatamente, in base alla cambiale, non è ripetibile; ma forse, nei rapporti fra le parti, che qui stiamo esaminando, questo fenomeno può spiegarsi senza bisogno di ricorrere all'astrazione).

Quanto all'inversione dell'onere della prova, essa è più l'effetto del *billet non causé,* che non quello della cambiale che, anche se non astratta, è pur sempre almeno un *billet non causé* (v. *infra* nota esplicativa n. 4). In un certo senso, anzi, è molto più importante l'effetto pratico di inversione dell'onere della prova, proprio del *billet non causé,* che non gli effetti di una cambiale ridotta, come atto astratto, ad ammettere nello stesso giudizio cambiario tutte le difese del promittente. Così ridotta, la cambiale mostra la sua importanza pratica soltanto nei rapporti coi terzi acquirenti, e non nei rapporti fra le parti originarie, di cui stiamo parlando.

Rispetto alla promessa astratta, dunque, la concezione, più o meno tecnica, della creazione di un rapporto o di un'azione per sè stante (31), si risolve praticamente in un rafforzamento della posizione del promissario originario come attore (a parte per ora la posizione dei terzi acquirenti) e in un indebolimento della posizione del promittente come convenuto: un rafforzamento che va al di là della semplice inversione dell'onere della prova, come nel caso del *billet non causé.* E a questo rafforzamento in pratica, comunque lo si spieghi o lo si concepisca, tende l'istituto della promessa astratta. Tale rafforzamento può consistere in ciò, che tutte le difese del promittente, inerenti al c.d. rapporto fondamentale, sono rinviate a separato giudizio (una specie di *condictio* per la restituzione del credito, derivante dalla promessa, e del documento relativo). Oppure in ciò, che almeno alcune di queste difese, a seconda magari del modo o delle prove con cui sono presentate e sostenute (prove non scritte o di non spedito esperimento, e mancanza di *fumus boni iuris*) sono rinviate a quel separato giudizio; o che il giudizio sulle difese pro-

(31) Com'è noto, altre concezioni tecniche sono state avanzate per spiegare, esprimere o « costruire » l'astrazione (o i suoi effetti), quali: la concezione della nascita di un diritto di credito o della dazione di bene o *Vermögensaktivum* mediante la promessa astratta (Von Tuhr, *Allg. Teil,* cit., III, § 73, p. 122); o la concezione di una dichiarazione diretta ad un destinatario fungibile (Betti, *Neg. giur.* cit., p. 203-204), concezione, questa, che forse serve meglio a spiegare un'astrazione speciale nei rapporti coi terzi (v. *infra* nota 33).

segue, in quanto il promittente paghi o presti cauzione; o in qualsiasi altra remora all'esercizio delle difese stesse (v. ad esempio artt. 64-65 legge cambiaria italiana).

Ma una remora di questo genere dovrà sempre sussistere. Altrimenti, ripetesi, fra le parti originarie la promessa astratta si riduce ad un *billet non causé.*

In definitiva, però, sia pure per la via indiretta di quel separato giudizio o di quelle remore, il rapporto fondamentale influirà sulla promessa astratta o sui suoi effetti (cfr. BETTI, *Neg. giur.,* cit., p. 193 e 196). Un'astrazione *assoluta,* in cui la sorte o i difetti del rapporto sottostante non abbiano alcuna influenza, neppure indiretta, sulla promessa astratta (o sull'alienazione astratta), non è ammessa; essa equivarrebbe, almeno praticamente, ad un atto formale *puro* (non menzionante in modo rilevante la « causa » e non soggetto a *condictio*: v. sopra *sub e*).

Fra i due estremi (mera inversione dell'onere della prova, o *billet non causé,* e astrazione assoluta) v'è tutta una gamma di gradi di astrazione, secondo il giudizio di convenienza dei vari interessi in gioco (protezione del credito, protezione del promittente) che ne facciano le varie legislazioni (32).

Altrettanto vale per la questione se convenga estendere l'astrazione (o una remora alle difese del promittente) anche alle questioni di illiceità, di violenza, di *cause insuffisante* (pei sistemi che, come quello tedesco o italiano, non ammettono che la promessa astratta sia una forma sufficiente per la donazione).

---

(32) Su questi gradi di astrazione cfr. BETTI, *Neg. giur.,* cit., p. 199 segg. Già la nostra cambiale (sempre nei rapporti fra le parti originarie), in quanto si ammette spesso il promittente a spiegare nello stesso giudizio cambiario le sue difese tratte dal rapporto fondamentale, è un *quid medium* fra una vera promessa astratta e un *billet non causé* o *cautio indiscreta.* Nel diritto francese, dice il WIELAND (*La cambiale e i suoi rapporti col diritto civile* trad. ital., Padova, 1931, § 13) il *titre abstrait,* nei rapporti fra le parti originarie, si avvicina all'idea della semplice *cautio indiscreta* e trae così la sua disciplina dall'art. 1132 cod. civ. francese.

Anche nella *common law,* come vedremo, *infra* § 34, la cambiale, in certo senso, vale come un nostro *billet non causé* o poco più (presunzione che la promessa sia stata fatta per una *consideration*).

Quanto al diritto germanico, se la posizione di difesa del promittente è quella che risulta dal VON TUHR (*Allg. Teil,* cit., III, § 73, specialmente p. 127), essa non è molto aggravata dall'emissione di una promessa astratta.

Fin qui abbiamo parlato dei rapporti fra le parti originarie della promessa astratta.

Quanto ai terzi acquirenti, potrebbero questi essere considerati come semplici successori nella posizione del promissario, godendo pur sempre del suaccennato rafforzamento di posizione che spetta al promissario (33).

Oppure si potrebbe stabilire che le difese inerenti al rapporto sottostante non siano in ogni modo loro opponibili (salvo certi casi di mala fede), come avviene per la cambiale e i titoli di credito. Il che si può esprimere tecnicamente o col concetto di un diritto di credito nascente dalla promessa astratta, nel quale soltanto, e non nel rapporto fondamentale, succederebbero quei terzi; o col concetto di un *nuovo* diritto di credito nascente per l'acquirente con l'acquisto; (VON TUHR, *op. cit.*, § 73), oppure con quello di una dichiarazione diretta ad un destinatario fungibile (BETTI, *op. cit.*, p. 203-204).

Quanto all'alienazione astratta, nei rapporti con l'acquirente, l'astrazione non ha grande importanza pratica, dato che l'alienante dovrà sempre rendersi attore quando voglia attaccare l'alienazione per ragioni inerenti al rapporto sottostante: l'azione sarà un'azione in restituzione, invece che di nullità. Qui tutta l'importanza pratica dell'astrazione si rivela nei rapporti coi terzi, che sono al sicuro quando abbiano acquistato dei diritti sulla base di quell'alienazione astratta (salvo, anche qui, un indebolimento più o meno grave della loro posizione, quando abbiano acquistato conoscendo o dovendo conoscere i difetti del rapporto sottostante: VON TUHR, *op. cit.*, § 73, p. 109-111).

L'atto astratto è in genere collegato ad una forma, pur non essendo esso stesso un atto formale puro o in senso proprio (v. sopra *sub e*); perchè è praticamente necessario un testo formale al fine di distinguere, nel complesso delle dichiarazioni o degli accordi più o meno espressi, quello che è o vuol essere un atto astratto e quanto in esso vi è stato tradotto o vi può essere tradotto del rapporto sottostante (sull'esigenza della forma cfr. anche BETTI, *Neg. giur.*, cit., p. 196, ma, pare, per ragioni diverse).

Le ragioni, cui si ispira l'astrazione (che può anche non dipendere

(33) Così nel diritto germanico per la promessa astratta considerata nel § 780 cod. civ. e distinta dal titolo di credito: Cfr. VON TUHR, *Allg. Teil*, cit., III, § 73, p. 130-131 (il che non sembra tenere presente il BETTI, *op. cit.*, p. 193, quando afferma che nei riguardi dei terzi il rapporto sottostante è inopponibile). Tale è anche la posizione dei terzi acquirenti della cambiale per una girata posteriore alla scadenza e al protesto per mancato pagamento o al relativo termine (v. artt. 24 e 25 legge cambiaria ital.).

dalla volontà delle parti, come per l'atto d'alienazione nel diritto germanico), consistono in una certa esigenza di tutela del credito, nell'esigenza di favorire la circolazione dei beni e in quella della sicurezza dei rapporti giuridici, specie rispetto ai terzi. Fra le parti originarie il credito è tutelato, in quanto, con le cennate remore, si rendono più difficili le difese leggere o le *chicanes* dei promittenti di cattiva volontà.

Le ragioni dell'opposto sistema, che nega in linea di principio l'astrazione, stanno in un certo riguardo per la posizione del promittente o alienante, la cui difesa nell'atto non astratto è più facile. Si vuole anche proteggerlo contro le sorprese che quest'atto può presentare; si vuole, in certo senso, che la volontà del promittente o alienante sia direttamente rispettata nei suoi scopi o moventi, senza la remore o difficoltà create dall'astrazione. In questo sistema si continua la già cennata tradizionale diffidenza della *civil law* per l'atto astratto e per lo stesso *billet non causé* (v. sopra *sub e* e *infra* nota esplicativa sul *billet non causé* o *cautio indiscreta*).

Rispetto all'alienazione, questo sistema si riflette anche nella mancanza di un atto di *transfert* separato dal contratto (ad esempio, di compravendita) che obbliga all'alienazione o la prepara, almeno quanto alle cose certe e determinate: v. *infra* § 38 sul *transfert*.

Quanto alla protezione dei terzi acquirenti del credito o del bene alienato, si provvede con le regole sulla pubblicità pei beni iscritti nei pubblici registri, specialmente sulla pubblicità delle domande di risoluzione, annullamento o rescissione del contratto; o si provvede anche con le regole sul possesso di buona fede. Ma tale protezione non è mai così completa come nel caso dell'astrazione, specialmente riguardo alla cessione di crediti o di diritti incorporali non soggetti a pubblicità (Von Tuhr, *op. cit.*, § 73, p. 110). Comunque, alla tutela del promissario e dei terzi, viene anteposta, almeno in linea dogmatica o di principio, la tutela del promittente o alienante.

Queste, e cioè la protezione del promittente o alienante o della sua volontà e la tradizionale diffidenza della *civil law* per gli atti astratti, sono le ragioni che ispirano nei sistemi latini la reiezione dell'atto astratto o « non causale ».

Non sembra, invece, che tali ragioni consistano in ciò che l'astrazione separa l'atto dalla sua funzione economico-sociale o dal suo scopo tipico e che perciò essa non è ammessa, in quanto tale funzione economico-sociale è la *ratio* del riconoscimento giuridico del negozio (34). Abbia-

(34) Così Betti, *Negozio giur.*, cit., p. 104 e 180-181 e la Relazione del

mo già avuto occasione di criticare la teoria della funzione economico-sociale, che qui si rivela ancora come fonte di confusioni e di equivoci (v. sopra § 19). Se con ciò si vuol semplicemente dire che l'astrazione non è ammessa, in quanto costituisce una remora alla realizzazione del rapporto fondamentale e alle difese ad esso inerenti, la cosa può andare ed è ciò che in fondo abbiamo detto circa le ragioni del divieto dell'astrazione. Ma se si vuol dire che l'astrazione non è ammessa, in quanto essa può eludere il preteso requisito della funzione economico-sociale del negozio, la cosa non sembra esatta. Anzitutto una simile ragione, in quanto di ordine pubblico, sarebbe di ostacolo all'ammissione delle promesse astratte che, con la cambiale e i titoli di credito, pur pullulano nei nostri ordinamenti giuridici. In secondo luogo, tale ragione varrebbe anche per la illiceità e per il difetto di *cause suffisante* (donazione, con la relativa esigenza della forma) nei sistemi che, come il nostro o quello germanico, non ammettono che la forma della promessa astratta sia sufficiente per la donazione.

La ragione stessa implicherebbe che, almeno nei rapporti fra le parti, il giudice non possa condannare il promittente, se non conosce la causa (come funzione economico-sociale) per cui quegli ha promesso. Il che è direttamente contrastato da quanto può avvenire per la cambiale e per lo stesso *billet non causé,* se il promittente non prova quale ne è il rapporto fondamentale (v. *infra* nota esplicativa n. 4 sul *billet non causé*). Già l'ammissione in linea generale del *billet non causé,* con la relativa inversione dell'onere della prova, è un ostacolo all'accertamento della pretesa funzione economico-sociale del negozio sottostante. Ciò che può avvenire, anche quanto all'illiceità o al difetto di *cause suffisante,* è che l'astrazione può renderne più difficile o procrastinarne l'accertamento; ma, almeno nei rapporti fra le parti, quei vizi verranno sempre, in definitiva, ad aver rilievo almeno in separato giudizio, se il promittente prova quale è il rapporto fondamentale. Come s'è accennato, l'astrazione assoluta non è ammessa. Del resto, in relazione a quanto si è detto circa i gradi di astrazione, si riconosce in genere che l'illiceità ha una particolare influenza rispetto alla promessa astratta determinandone la nullità (influenza par-

---

Guardasigilli sul nuovo cod. civ. italiano, n. 15 « La mancanza di causa, dice la Relazione (e qui per « causa » si intende la funzione economico-sociale, come risulta dal n. 613), è ricordata nell'art. 1418, secondo comma. Da questo risulta riaffermato il divieto di costituire negozi astratti, mediante i quali la dichiarazione di volontà risulta separata dalla causa che le sta a base e la giustifica ».

ticolare che si è riconosciuta perfino alla gratuità del rapporto fondamentale come donazione: v. VON TUHR, *op. cit.*, III, § 73, p. 127-128); sicchè si tratterebbe di una difesa o di una impugnativa inerente non soltanto al rapporto fondamentale, ma anche allo stesso rapporto cambiario o dell'atto astratto.

In conformità, se si accoglie la teoria della funzione economico-sociale come requisito essenziale del contratto analogo alla liceità, si dovrebbe dire che anche il difetto di funzione economico-sociale produce la nullità dell'atto astratto (sempre, ben inteso, per le parti). Le preoccupazioni non avrebbero quindi ragione di essere.

Com'è noto, il diritto germanico, ispirato dalle ragioni suaccennate, (tutela del credito, circolazione dei beni, sicurezza dei rapporti giuridici), ha accolto il principio dell'astrazione per gli atti di alienazione in genere, anzi, non ammettendo neppure, per i diritti immobiliari, che si inserisca alcuna limitazione alla portata dell'atto come pura alienazione. L'atto di alienazione è sempre separato dal contratto che vi obbliga o che la prepara (v. § 812 segg., 873 segg., 925, 929 segg., 323 segg., 346 cod. civ. germanico). Quanto alle promesse astratte, il diritto germanico ha ammesso, entro certi limiti, che le parti possano crearne, anche al di fuori dei titoli di credito, mediante la forma scritta (v. § 780-781 c. civ. germanico e su tutto ciò VON TUHR, *Allg. Teil,* cit., III, § 73).

Nel nostro diritto e nei cosidetti sistemi latini in genere, la promessa astratta non è ammessa, se non in certi casi determinati (titoli di credito). Quanto all'alienazione, essa è incorporata nel contratto o accordo che vi obbliga o che la prepara: si ha, cioè, un cosidetto « contratto causale » d'alienazione. Un'alienazione separata o astratta non è ammessa, almeno quanto alle cose certe e determinate (35).

---

(35) Per la c.d. specificazione nella vendita di cose di genere e pel trapasso dal commissionario al committente cfr. la mia *Compravendita,* Torino, 1937, n. 5, n. 6 nota 5, e n. 7; ove in realtà mi pongo contro l'opinione prevalente, secondo la quale la specificazione non è che una *condicio iuris* di un atto di transfert già contenuto nella compravendita. Quanto al pagamento dell'indebito, il ricorso alla *condictio indebiti,* anzichè alla nullità della *datio* come *transfert,* si riferisce probabilmente al caso di cose di genere confuse nel patrimonio dell'*accipiens, o, comunque,* di cose non più esistenti nel suo patrimonio o validamente alienate a terzi (azione di ingiusto arricchimento). V. comunque il § 38 sul *transfert.*

4) *Sul billet non causé, cautio indiscreta, o promessa scritta non menzionante la causa.*

Connesso col problema dell'astrazione, testè accennato, è quello del *billet non causé* (v. artt. 1132 cod. civ. francese, 1988 cod. civ. ital.; 17 cod. svizzero obbligaz.; 137 cod. civ. egiziano e altri simili dei codici di *civil law*). Si parla di una promessa di pagamento e anche di un riconoscimento di debito, non menzionanti la «causa» (36).

La «causa» del *billet non causé,* di cui parlano gli artt. 1132 cod. civ. francese, 17 cod. svizzero obbligaz., 137 cod. civ. egiziano e simili, è il «rapporto fondamentale», come meglio si esprime l'art. 1988 cod. civ. italiano: «rapporto fondamentale», nello stesso senso in cui si adopera questo termine rispetto alla promessa astratta (v. sopra nota esplicativa n. 3), con la differenza che il *billet non causé* non crea un rapporto distinto da quello, ma è soltanto una promessa di adempiere un debito o un riconoscimento di esso, senza appunto menzionare il rapporto fondamentale.

---

(36) Gli articoli dei codici che parlano soltanto di promessa di pagamento o di una «*convention*» devono estendersi anche al caso del riconoscimento di debito e viceversa. Promettere di pagare un debito e riconoscerlo sono, agli effetti dei problemi inerenti al *billet non causé,* la stessa cosa. L'art. 1337 cod. civ. francese non considera questi problemi.

Se il *billet,* come promessa o come riconoscimento di debito, menziona la «causa», i problemi di che *infra* nel testo non sorgono più (almeno oggi: v. nota 42): tale menzione, infatti, contiene l'indicazione del rapporto fondamentale e il riconoscimento che gli elementi *di fatto,* inerenti a tale rapporto e menzionati più o meno direttamente nel *billet,* sussistono (o, per meglio dire, che sussistono gli elementi di fatto la cui prova sarebbe a carico dell'attore). Tale è, ad esempio, l'effetto di un *billet* così redatto: «riconosco di dovermi L. 100 a titolo di mutuo o per la vendita della tal cosa» (riconoscimento implicito di aver ricevuto la somma a mutuo o che la cosa venne regolarmente consegnata).

Si tratta sempre, in genere, di una promessa o di un riconoscimento fatti per iscritto (e per una somma di danaro determinata), altrimenti verrebbe meno lo scopo pratico di facilitare la posizione processuale o probatoria del creditore, se questi dovesse provare per testimoni o altrimenti, quanto meno, che la promessa è stata fatta. Straordinario sembra, del resto, il caso di una promessa *non causée* verbale, oggi che la *stipulatio* e le forme verbali sono cadute in disuso. Si potrebbe perfino dubitare che una simile promessa verbale *non causée* possa avere oggi l'effetto di inversione dell'onere della prova secondo gli articoli succitati.

Ora, appunto perchè il *billet non causé,* per le ragioni di principio menzionate *sub e,* non è una promessa astratta, cioè non crea un rapporto distinto da quello fondamentale, l'attore dovrebbe provare a qual rapporto fondamentale (fra i vari possibili) in concreto si riferisce il *billet,* e provare gli elementi di fatto (37) la cui prova incomberebbe ad ogni persona che agisce in base a quel dato rapporto (v. art. 2697 cod. civ. italiano).

Gli artt. 1132 cod. civ. francese (38), 1988 cod. civ. italiano e simili pongono la presunzione:

---

(37) Si suol dire (v. ad esempio BETTI, *Negozio giur.,* cit., pag. 198-199) che l'attore dovrebbe provare anche la liceità del rapporto o, meglio, del negozio sottostante, mentre, a seguito dell'astrazione o dell'art. 1988, tale prova incombe al debitore convenuto. Ma in realtà la liceità non è un elemento di fatto che possa costituire l'oggetto di un onere di prova, ma è una *quaestio iuris* da risolversi di fronte ad un dato rapporto fondamentale provato nei suoi estremi di fatto.

Analogamente è una *quaestio iuris* quella concernente la *cause suffisante,* e cioè che il rapporto fondamentale non contenga una donazione soggetta al requisito di forma, per quegli ordinamenti che, come l'italiano e il germanico, non ammettono che il *billet non causé* e addirittura la promessa astratta siano forme sufficienti per la donazione (v. § 781 cod. civ. germanico: diversamente la dottrina e la giurisprudenza francesi: v. *infra* § 38 in fine).

E sarebbe pure una mera *quaestio iuris* quella concernente il preteso requisito della funzione economico-sociale (v. § 19). Al quale proposito il BETTI, *Neg. giur.,* cit., n. 22, pag. 186, ne scrive: « Se il negozio, per esempio, nell'ipotesi dell'art. 1988, viene concluso per un interesse non riassumibile in alcuna causa (leggasi, funzione economico-sociale) che lo giustifichi, esso sarebbe nullo per mancanza di causa ».

Dunque, ciò che l'attore dovrebbe provare (se non vi fosse l'inversione dell'onere della prova) non è la liceità, la *cause suffisante,* la funzione economico-sociale e simili, ma un rapporto sottostante (un fatto) che abbia quelle qualità giuridiche.

Quanto agli elementi di fatto, la cui prova farebbe carico all'attore, si tratta, ad esempio, non soltanto del versamento del danaro nel mutuo, ma anche della consegna della cosa nella vendita, se da quel dato rapporto fondamentale (provato) risulta che la consegna doveva avvenire contestualmente al pagamento del prezzo o precederlo.

(38) Anche l'art. 1132 cod. civ. francese, come riconoscono la dottrina e la giurisprudenza unanimi, si limita a porre quelle presunzioni, e non intende stabilire, come risulterebbe apparentemente dalla sua lettera, che la

1°) che il rapporto, cui, fra i vari possibili, si riferisce in concreto il *billet,* è lecito (e inoltre non reca una donazione per il diritto italiano e tedesco: v. sopra nota 37);

2°) che sussistono gli elementi di fatto suddetti, base dell'azione (ciò che, impropriamente, si suol chiamare presunzione di sussistenza del rapporto fondamentale).

La prima presunzione si fonda sul *quod plerumque accidit,* e cioè che gli uomini normalmente si comportano in conformità al diritto e che normalmente non promettono a titolo gratuito. La seconda, sul riconoscimento, più o meno implicito, da parte di chi ha rilasciato il *billet,* che i detti elementi di fatto sussistono, altrimenti egli non avrebbe promesso *sic et simpliciter* di pagare una somma o non se ne sarebbe *sic et simpliciter* riconosciuto debitore (39).

Date tali due presunzioni, sarà dunque il convenuto, emittente del *billet,* che dovrà provare: 1°) a quale rapporto si riferisce il *billet,* per trarne eventualmente quelle difese che costituiscono una *quaestio iuris* (illiceità, *cause insuffisante,* ecc.) (40); 2°) che gli elementi di fatto, base

---

promessa è « *valable* » (v. anche art. 17 cod. svizzero obbligazioni) indipendentemente dalla « causa » o rapporto sottostante; che sarebbe l'astrazione assoluta o addirittura l'atto formale puro (v. sopra *sub e* e nota esplicativa n. 3).

Quanto alla prima presunzione, quella di liceità, v. l'art. 137 cod. civ. egiziano, che la pone espressamente.

(39) L'ovvio presupposto su cui si fonda la seconda presunzione, è che il *billet* sia stato rilasciato *dopo* il momento in cui, secondo il contenuto del rapporto fondamentale o i relativi patti, i suddetti elementi di fatto dovevano

La prima presunzione si fonda sul *quod plerumque accidit,* e cioè non nell'attesa dell'adempimento di una promessa di mutuo: v. per la *cautio* nel diritto giustinianeo e comune *infra* nota 42); oppure dopo il termine per la consegna della cosa nella vendita.

(40) Il Betti, *Neg. giur.,* cit., p. 193-194 sostiene che l'attore ha l'onere di specificare, se non di provare, il rapporto fondamentale cui il *billet* si riferisce. Se con ciò si intende imporre all'attore l'onere di *provare* a quale rapporto fondamentale in concreto si riferisce il *billet* (anche se non gli si impone di provare gli estremi di fatto base dell'azione: ad esempio, la consegna della cosa: v. note 37 e 39), il *billet non causé* equivarrebbe allora ad un *billet causé* o menzionante la causa (v. anche nota 36 e 41) e l'utilità pratica del *billet non causé* verrebbe meno.

Ma anche se ciò non s'intende dire con quella tesi, e la si limita all'onere di specificare o indicare il rapporto fondamentale, ci si può domandare: il

di un'azione fondata su quel rapporto, non sussistono: per esempio, che il danaro del mutuo non fu versato, che la cosa non fu consegnata dal venditore (salvo provi che il *billet* venne rilasciato in attesa che questi fatti si verificassero: v. nota 39).

A ben vedere, il punto sul quale v'è veramente un'inversione grave dell'onere della prova, è il primo (41); chè, quanto al secondo, il ricono-

---

convenuto dovrà provare che il rapporto fondamentale è un altro? e allora quest'onere di specificazione non ha alcun valore pratico. Oppure potrà limitarsi a provare che il rapporto fondamentale, indicato dall'attore, non sussiste o non si è verificato? In questo caso il *billet non causé* perde ogni interesse pratico, perchè l'attore, di fronte alla possibilità di una simile controprova (non difficile a darsi), sarà indotto a specificare il rapporto in tutti i suoi estremi, nè potrà limitarsi ad indicare genericamente un rapporto come tipo astratto (mutuo, vendita, ecc.); specificazione che è in realtà la questione fondamentale in materia di *billet non causé* (v. anche *infra* nota 41).

Comunque, la tesi di un onere di specificazione incombente all'attore è contraria allo scopo pratico del *billet non causé,* ai precedenti storici e allo stesso contenuto degli articoli dei nostri codici in materia. Basti considerare che alcuni di questi articoli (v. ad esempio l'articolo 137 cod. civ. egiziano) o, comunque, la giurisprudenza e la dottrina sulla base di essi pongono la presunzione di liceità del rapporto sottostante, presunzione il cui ovvio presupposto è che questo rapporto non sia neppure specificato, dato che la liceità non è una *questio facti,* ma una *quaestio iuris* (v. sopra nota 37). Del resto, l'espressione di alcuni di quei codici, che la promessa è « *valable* », se non può significare promessa astratta, significa quanto meno che l'attore non ha alcun onere di specificazione o simili (v. nota 38).

Probabilmente la tesi del Betti è ispirata dalla preoccupazione che, senza quell'onere di specificazione, il *billet non causé* potrebbe costituire un certo ostacolo all'accertamento della illiceità (o del difetto di funzione economico-sociale) del rapporto sottostante. Certo il *billet non causé* può portare perfino ad una *res judicata* su un'obbligazione fondata su un simile rapporto illecito, quando il convenuto sia contumace. Ma ciò potrebbe avvenire anche quando il convenuto, di fronte alla pretesa specificazione dell'attore, si tace.

Per queste preoccupazioni, che sorgono anche nel caso di promessa astratta, v. precedente nota esplicativa n. 3.

(41) Quanto alla gravità di quest'onere, si tenga presente che il convenuto non può limitarsi a provare che il *billet* si riferisce ad un certo tipo astratto di rapporto fondamentale, ad esempio mutuo, vendita, ecc.; ma dovrà provare questo rapporto fondamentale come *fatto concreto,* in tutte le sue circostanze di tempo, luogo e in tutti quegli estremi di fatto che saranno poi la base delle sue difese o eccezioni (ad esempio, che la consegna della cosa

scimento di un debito compiuto *dopo* che gli elementi di fatto pel sussistere del debito stesso (o, meglio, per fondare l'azione) avrebbero dovuto concorrere, implica normalmente il riconoscimento dell'effettivo concorrere di tali elementi. Ed è soltanto perchè manca nel *billet* una menzione espressa di quegli elementi di fatto base dell'azione, che non si può parlare di una confessione.

Dato questo riconoscimento implicito, si può dire che, una volta provato il rapporto fondamentale cui il *billet* si riferisce, è come se si trattasse di un *billet causé* menzionante quei fatti (v. sopra nota 36): e il giudizio si svolge, anche quanto all'onere della prova, secondo le regole normali (42).

E questo sarà un giudizio sul rapporto fondamentale, in cui il promittente sarà ammesso a sollevare *direttamente* e *senza alcuna limitazione* le difese inerenti a tale rapporto, a differenza di quanto avviene

---

venduta doveva precedere il pagamento del prezzo, ecc.). Parimenti, se l'onere di provare, o anche soltanto di specificare il rapporto fondamentale, incombesse all'attore, questi dovrebbe specificarlo in quel modo circostanziato che è proprio di un negozio o rapporto concreto e che sarebbe la base di un'azione fondata su un simile rapporto (v. nota 40).

(42) Così, se il convenuto prova che il *billet* si riferisce ad un mutuo (come contratto reale e non come promessa di mutuo) o ad una vendita in cui la consegna della cosa doveva (in termine anteriore al *billet*) precedere il pagamento del prezzo, egli dovrà poi provare che il versamento del danaro o la consegna non sono avvenuti (v. anche nota 39); così come lo dovrebbe provare di fronte ad un qualsiasi *billet causé* o ad un'azione in cui l'attore a titolo di mutuo o di vendita ne provi gli estremi di fatto. Altrettanto dicasi per la difesa che la cosa era perita prima della vendita o che apparteneva già al convenuto, o che v'è simulazione, ecc.

Come si vede, se, una volta provato il rapporto fondamentale nei suoi estremi di fatto, si attribuisce al *billet non causé* il valore di un *billet causé,* l'onere della prova non subisce in realtà dei mutamenti, appunto per il valore probatorio del riconoscimento implicito menzionato nel testo.

L'insistenza con cui alcuni dei nostri codici e gli autori parlano ancora di una presunzione di « sussistenza » del rapporto fondamentale (intendendo così alludere anche al versamento del danaro nel mutuo o alla consegna della cosa, testè accennati) ha probabilmente una spiegazione storica. Tale insistenza si spiega, cioè, come una reazione o l'eco di una reazione al diritto giustinianeo e a quello comune, in cui, sulla base dell'*exceptio non numeratae pecuniae,* l'onere di provare il versamento del danaro incombeva al mutuante, perfino, talvolta, nel caso di *cautio discreta* o di *cautio indiscreta* riferintisi ad un mutuo (contratto reale). E ciò per le note frodi, in quelle epoche, di

per una promessa astratta in senso proprio (v. sopra nota esplicativa n. 3).

Il caso pratico più importante, in cui sorgono le questioni proprie del *billet non causé,* è oggi quello di una cambiale nulla *come tale* per difetto di forma, ma valida sempre appunto come *billet non causé.*

§ 23

Di una certa estensione dei requisiti della *cause suffisante, raisonnable* o *juste* oltre il campo dei contratti di scambio atipico e delle promesse a titolo gratuito.

Come abbiamo visto nel corso del nostro lavoro (§§ 1-21), i requisiti della *cause suffisante, raisonnable* o *juste* in unione, se del caso, alla forma, quali moderni *vestimenta* del patto, operano nel campo dei contratti di scambio atipico (nel senso di cui al § 10), in quello delle promesse a titolo gratuito (ivi compreso il problema della *causa praeterita*: v. § 11 e 14 segg.) e in quello della clausola penale. Tali requisiti, insieme al rifiuto dell'atto astratto (v. § 22), sono ispirati da varie ragioni: protezione del promittente e della sua famiglia, esigenza di accertare la volontà di vincolarsi sul piano giuridico e i suoi limiti, moderazione della responsabilità del promittente secondo criteri di giustizia. Le quali ragioni tutte, ancora, si possono riassumere in quella della protezione del promittente, se, insieme ad esse, non concorresse talvolta anche quella del bisogno di certezza nei rapporti giuridici.

Tale esigenza di protezione del promittente, sotto l'aspetto di una *cause suffisante, raisonnable o juste,* è stata sentita soltanto nel campo dei contratti di scambio atipici e in quello della promessa a titolo gratuito. Ma nei contratti di scambio tipicamente economico, per il bisogno di sicurezza e di stabilità dei rapporti usuali di

---

pretesi mutuanti che si facevano rilasciare il documento prima di aver versato il danaro. Oggi si attribuisce al riconoscimento, più o meno implicito, dei fatti base del debito il valore probatorio che ragionevolmente gli spetta. Il vero punto, dunque, di fronte al *billet non causé,* è la prova del concreto rapporto fondamentale, cui il *billet* si riferisce.

scambio, non si è richiesto che la controprestazione (*causa,* in questo senso) sia oggettivamente *suffisante* ad escludere l'idea della donazione e il relativo requisito formale; nè che il complesso delle circostanze e degli interessi in gioco mostri una *cause raisonnable* o *juste* per obbligarsi o per obbligarsi in una certa misura (v. sopra § 4 *sub d,* § 10 *sub b* in fine, § 13 *sub d,* § 14 *sub e,* § 14 *bis,* § 15 e § 20). Altrettanto dicasi per la fideiussione o per altre promesse del genere che suscitano un certo affidamento, ormai tipico, nel comune commercio (v. sopra § 14 *sub f* e § 16).

In tutti questi casi la mancanza di una *cause suffisante, raisonnable* o *juste* può acquistare rilievo soltanto sotto il profilo di un vizio del consenso (violenza, dolo, errore) o di una lesione, rimedio quest'ultimo che ancora attiene ad una certa mancanza di libertà nel consenso o ad uno sfruttamento dello stato di bisogno, di inesperienza, di agitate passioni della vittima. E nei casi stessi l'azione, non essendo fondata su una mancanza di *cause suffisante* come requisito del contratto, è soggetta in genere ad una prescrizione breve.

Senonchè la giurisprudenza e la dottrina francesi hanno esteso il requisito della *cause suffisante, raisonnable* o *juste* anche al campo dei contratti tipici di scambio e delle suaccennate promesse, quali la fideiussione, aventi ormai in sè, per l'affidamento che suscitano nel comune commercio, una « causa » o ragione giustificativa della sanzione.

Si vedano in proposito i casi Blinn e altri simili riferiti nel Vol. II, Casistica, nonchè altri citati dagli autori francesi (1). I casi più comuni sono quelli di un contratto di rendita vitalizia (contratto di scambio tipicamente economico), in cui il reddito

(1) Cfr. alcuni dei casi menzionati da DEMOGUE, *Traité des obligations,* cit., II, n. 748-749, 751-752 e 766; da PLANIOL, *Traité pratique,* cit., VI, n. 262-263; e da PLANIOL, *Traité élém.,* cit., II, n. 300 segg.). Cfr. anche autori e giurisprudenza francesi citati da MASON, *The utility of consideration,* ecc. in *Columbia Law,* Review, 1941, vol. 41, p. 827-831.

A questi casi, invece, non sembra appartenere la sentenza della Cassazione italiana nel caso Rubatto c. Natta (v. vol. II, Casistica); v. § 22 nota 8.

annuo dell'immobile sia sufficiente a pagare, annualmente, la rendita; o quelli di una fideiussione o di un avallo, in cui le circostanze non rendono plausibile l'assunzione dell'impegno. Queste varie circostanze, ivi compreso il difetto di un'alea sostanziale nel vitalizio, gettano sul contratto il sospetto di una mancanza di libertà del volere o di uno sfruttamento della leggerezza, dell'inesperienza e dello stato di bisogno del promittente o alienante.

La ragione che ispira quelle decisioni sembra appunto questo sospetto generico, e magari fondato, o la mancanza di una ragione oggettivamente plausibile per obbligarsi o alienare in quel dato modo.

Data questa concezione, poichè l'intento di donare o di obbligarsi liberamente senza quella causa, o di alienare in cambio di un rischio assai piccolo (2), si presenta come qualcosa di fuor dell'ordinario, incomberebbe al destinatario della promessa o dell'alienazione di provare che in concreto vi è stato quell'intento di donare o di obbligarsi (3). E allora, pel caso di un'obbligazione di dare o di un'alienazione, potrebbe sorgere soltanto il problema della forma della donazione, problema che neppure sussiste talvolta nel diritto francese, ove si ammette la validità di una donazione dissimulata sotto un contratto di rendita vitalizia non rivestito della forma notarile (v. § 38 in fine). Ma in presenza di quei sospetti, se non risulta l'intento di donare, neppure la forma dell'atto notarile sarebbe per sè sufficiente.

---

(2) Tale è il caso Blinn (v. vol. II) e altri simili. In realtà, anche se l'annuo reddito dell'immobile è sufficiente a pagar annualmente la rendita vitalizia convenuta, non si può affermare, come afferma invece la Cassazione francese e altri con lei, che manca qualsiasi alea o rischio pel compratore dell'immobile e che, quindi, non v'è un prezzo. Basti pensare al caso in cui l'immobile perisca fortuitamente per un incendio, per alluvioni, o che per questi od altri fatti, anche di carattere economico generale, l'immobile non dia per parecchi anni quel reddito, o si pensi ai carichi tributari, ecc. Se l'età dell'alienante è molto avanzata, questo rischio sarà ridotto al minimo, ma pur sempre sussiste e l'alienante se ne libera.

(3) Ciò arieggia, in certo senso, l'inversione dell'onere della prova di regolarità dell'affare a carico di chi è sospetto di *undue influence* nella *common law*. V. § 32 e anche *infra* nota 9.

Se, dunque, il destinatario della promessa o dell'alienazione non dà quella prova, quel sospetto acquista tutto il suo rilievo e conduce alla nullità dell'atto sotto il profilo della mancanza del requisito della causa (sufficiente o ragionevole).

Non si può dimenticare che questa corrente si è affermata specialmente nel diritto francese, ove manca un'azione generale di lesione, fondata sostanzialmente su una mancanza di libertà del volere, quale si trova, ad esempio, negli articoli 138, cod. civ. germanico; 21 cod. svizzero obbligazioni, 1448 cod. civ. italiano e 129 cod. civile egiziano (vedansi queste disposizioni). Ma, per quanto la ragione della mancanza di quell'azione generale sia stata invocata a giustificare quella corrente (4), sembra che la ragione sia più larga e di più vasta portata. Infatti, la corrente stessa ha operato anche nel campo di un contratto di rendita vitalizia, ove, secondo la giurisprudenza francese, quando il giudice possa determinare, nonostante l'elemento aleatorio, il valore delle due prestazioni, si ritiene applicabile il rimedio dell'azione di lesione concessa per la vendita immobiliare. La giurisprudenza ha in altri termini affermato la nullità del contratto a prescindere dai requisiti dell'azione di lesione e dal relativo breve termine di decadenza (v. il caso Blinn e altri nel vol. II). Inoltre, la ragione di una mancanza dell'azione generale di lesione non spiega i casi della fideiussione senza *cause raisonnable* e simili.

La ragione di quella corrente francese sembra dunque un'altra: gli è che, col ricorso al difetto di un elemento oggettivo essenziale, quale la *cause suffisante* o *raisonnable,* difetto che produrrebbe la NULLITÀ della promessa o alienazione, si son voluti superare i limiti o requisiti stabiliti ai rimedi dell'impugnativa per dolo, violenza, errore, o lesione (limiti di prescrizione o decadenza, di prova, di requisiti oggettivi dell'errore o della lesione che escludono l'er-

(4) V. SALEILLES, *Déclaration de volonté,* n. 3-5, p. 252 segg., il quale ne dice che il requisito della « causa » dell'art. 1131 cod. civ. francese (inteso secondo la corrente che stiamo esaminando) esplica le funzioni del § 138 cod. civ. germanico.

rore o la leggerezza di valutazione o di apprezzamento). E li si sono voluti superare, sia pei dubbi sulla sussistenza in concreto di quei requisiti, sia perchè, comunque, il tenerne conto avrebbe portato, nel caso concreto, a soluzioni inique. Per superarli, non v'era che far ricorso all'idea della mancanza di causa, come requisito oggettivo del contratto (5).

Si è invocato in proposito il «*sans cause*» dell'art. 1131, cod. civ. francese. Ma, come abbiamo avuto occasione di notare (v. § 22 *sub f*), questo articolo non si riferisce alla *cause suffisante* o *raisonnable,* sibbene alla mancata realizzazione della *causa solvendi o adquirendi,* la quale, nei summenzionati casi decisi dalla giurisprudenza francese, si realizza, quale è stata voluta dal promittente o alienante (6), sia pure per una volontà non libera o non perfettamente formata.

Piuttosto si doveva invocare, ed è stata invocata (7), la concezione della *cause suffisante* o *raisonnable* (pure non contenuta nell'art. 1131) per una specie di estensione analogica, in quanto, in certo senso, anche la *cause suffisante* o *raisonnable* (insieme con la forma) è diretta a proteggere il promittente contro delle deliberazioni affrettate, non ponderate o prese senza il dovuto apprez-

---

(5) Nel caso Blinn, la Cassazione francese ha adottato l'argomento, praticamente equivalente, di una vendita nulla per mancanza di prezzo, come suo requisito essenziale. In realtà, un prezzo, più o meno rilevante a seconda degli avvenimenti futuri in che consisteva l'alea, v'era sempre (v. nota 2).

(6) Infatti, sono diversi da quelli, che stiamo esaminando, i casi in cui l'alea, quale è stata voluta dalle parti, non si realizza o non sussiste (v. artt. 1876 e 1895 c. civ. ital. e simili); o i casi di perimento, prima della vendita, della cosa venduta. Questi casi rientrano veramente nel concetto di mancanza di causa come mancata realizzazione dello scopo del contraente (v. sopra § 22 *sub b* nota 8). Ma la dottrina di cui nel testo, come sempre vittima dell'equivoco terminologico concettuale della «causa», sembra talvolta ritenere che nei casi di cui nel testo manca la causa nello stesso senso in cui l'art. 1131 e Pothier parlavano della mancanza (mancata realizzazione) di una *causa adquirendi.* Altra delle innumerevoli confusioni germogliate su quell'equivoco terminologico e concettuale! (v. sopra § 22, note esplicative n. 1 e 2).

(7) v. Demogue, *op. e loc. citt.*

zamento di valori e elementi di fatto. E si poteva invocare ancora un'analogia con la giustificazione che spesso si è data della riducibilità della clausola penale (v. § 21 *sub b,* note 32-35).

Senonchè la *cause suffisante* e quella *raisonnable,* per le ragioni richiamate in principio del presente §, erano destinate ad operare soltanto nel campo dei contratti atipici di scambio e, in quelli a titolo gratuito, per il carattere oggettivamente non economico della controprestazione o per la mancanza di questa secondo la stessa natura del contratto (8). Quanto alla riducibilità della penale, altra può esserne la giustificazione: comunque, proprio la giurisprudenza francese, sulle orme del suo codice, ha negato quella riducibilità (v. sopra § 21 *sub b* nota 35).

Sostanzialmente, dunque, la portata della corrente in esame, *ispirata agli scopi protettivi in genere propri della «causa» nei suoi vari aspetti,* è quella di proteggere il promittente o alienante in casi che gridano all'iniquità, o di garantire, mediante tale estensione della *cause suffisante* o *raisonnable,* la formazione di un volere libero da pressioni esterne e anche da deficienze interne, da cui l'altro contraente ha tratto profitto, in casi in cui i normali rimedi della lesione o dei vizi di consenso non siano applicabili o siano di difficile uso per la vittima (9).

---

(8) Infatti, nei contratti tipici di scambio, se quel dato corrispettivo è stato voluto (sia pure per leggerezza, errore, falso apprezzamento, ecc.), i casi possibili sono soltanto due: o la sproporzione è talmente grande che si può dire manchi un prezzo e che sorga *oggettivamente* l'idea della donazione (v. sopra § 10 *sub b,* nota 3); e allora la questione è soltanto quella dell'esistenza della forma della donazione o altra analoga, sicchè, sussistendo questa, l'atto è valido; oppure la sproporzione non è talmente grande, e allora non restano che i rimedi dell'azione per lesione, dell'impugnativa per violenza, dolo, ecc. da esperire nei termini stabiliti e col concorso dei requisiti posti per la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici, esigenze, queste, imprescindibili pei rapporti tipici o usuali di scambio in una ordinata vita economica.

(9) Cfr. anche MASON, *op. e loc citt.* a nota 1. Sotto questo profilo e *mutatis mutandis,* la corrente francese in esame arieggia il principio della *common law* che «*gross inadequacy of consideration may be evidence of fraud or undue influence*». Anzi, addirittura arieggia la generale concezione dell'*undue influence,* quando questa sia dal giudice ritenuta sussistente in

In tal modo il requisito della « causa », nei suoi vari aspetti oggettivi, acquisterebbe il significato, tanto lato ed elastico, quanto vago ed incerto, di un mezzo per garantire la formazione di una volontà libera e perfetta del promittente o alienante. Il che, se trova degli addentellati storici, non è altro che una dilatazione, oltre i limiti tradizionali e propri, del significato del requisito della causa, nel senso oggettivo di giustificazione dell'obbligazione.

Il risultato, però, sembra essere una grave incertezza nei rapporti giuridici ed un eccessivo favore per i promittenti o alienanti; invero i normali rimedi sono vincolati a dati requisiti e sono soggetti a prescrizioni assai brevi, appunto per la certezza e la stabilità dei commerci. Qui, invece, col ricorso all'idea del difetto di un requisito essenziale del contratto, si saltano a piè pari quei requisiti; di più, si concede, come si è concesso, un'azione non soggetta a prescrizione. E questo proprio nel campo dei rapporti usuali di scambio, o di scambio tipicamente economico, e nel campo delle promesse che suscitano affidamenti ormai tipici, pei quali tutti il bisogno di certezza e di stabilità si fa più vivamente sentire.

§ 24

Conclusioni

a) *Il sistema dei patti vestiti nella civil law, l'elemento tipico contrapposto a quello del nudo consenso.*

L'indagine che abbiamo cercato di condurre nei §§ precedenti mostra, se non andiamo errati, che il principio del nudo consenso,

---

base a circostanze concrete (non a certe relazioni speciali fra le parti). Ma nella ***common law*** l'azione non è di nullità, com'è quella per difetto di un (preteso) requisito del contratto (causa), e la portata dell'***undue influence,*** se pur forse più vasta di quella della nostra impugnativa per violenza o per lesione, sembra più limitata, almeno potenzialmente, della concezione francese che stiamo esaminando. Ed è, inoltre, fondata su una diversa concezione dell'obbligazione contrattuale e su diverse ragioni storiche (v. *infra* § 32).

cioè dell'affidamento del promissario sulla base della pura e semplice promessa del promittente (v. § 6), non è stato accolto nella ***civil law***. In luogo di questo principio vige un sistema di patti vestiti, sistema, se si vuole, elastico e dai contorni incerti.

Per un riassunto di questi *vestimenta* e per la loro *ratio* rinviamo a quanto si è detto nel § 19 *sub a*.

La veste *par excellence* è costituita dallo scambio tipicamente economico e così da un certo carattere tipico del contratto.

In certo senso, come abbiamo visto al § 14 *sub d*, anche le promesse a titolo gratuito di prestazioni diverse dal dare, presentano un carattere atipico o fuor dell'ordinario (1). Già qualche autore e qualche sentenza (v. il caso Fellman cr. Mathebs) le chiamano contratti innominati, in quel senso di atipici o fuor dell'ordinario. E, quanto alla promessa a titolo gratuito di un dare, se essa nella ***civil law*** viene presentata sotto l'aspetto di un contratto tipico (la donazione o *causa liberalitatis*), si tratta in realtà di uno schema generico che comprende le più varie cause e che è valido in quanto sia rivestito di una data forma (v. sopra § 9).

Lo scambio tipicamente economico, come veste del patto, consiste nello scambio fra due prestazioni di dare, o fra una di dare e una di *facere* avente carattere tipicamente economico, o fra due prestazioni di *facere* aventi questo carattere.

Questo schema di scambio tipico è una veste, cioè una *causa civilis* per la sanzione giuridica di ciascuna promessa, in quanto lo schema stesso in genere risolve i problemi (v. § 1):

1°) dell'esistenza dell'intento di contrarre un vincolo giuridico;

2°) di un'esigenza di giustizia per la condanna del promitten-

---

(1) Se invece di una *promessa* si ha l'esecuzione di una prestazione a titolo gratuito (comodato, mutuo reale, donazione reale), allora l'elemento reale costituisce una veste dell'accordo, per la validità non della promessa, che è superata, ma dell'atto di disposizione della proprietà o del godimento della cosa e, eventualmente, dell'obbligazione di garanzia (v. *infra* il § 38 **sul** *transfert*). Quanto al deposito, la ricezione della cosa costituisce la veste tipica per l'obbligazione di custodire.

te, combinata con l'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, esigenza che appunto più si fa sentire per i contratti aventi un certo carattere tipico (v. § 10 *sub b* e § 23).

Al di fuori di quello schema di uno scambio tipicamente economico, il patto o promessa è valido soltanto se si presentano certi altri caratteri o *vestimenta,* per i quali rinviamo a quanto se ne è detto nei §§ 8 a 22 (anche la clausola penale è, in certo senso, un patto tipico o *adjectum,* a parte la sua riducibilità).

Inoltre quel patto è valido, cioè produce obbligazioni, soltanto entro certi limiti, che sono connessi ancora con l'idea di un *vestimentum* (v. § 14 *sub e,* § 15-17 e 20-21) e che non si presentano per lo schema dello scambio tipicamente economico.

Lasciamo da parte, in questa sede, le altre vesti formali di cui al § 18.

La *civil law* mostra quindi una antipatia o diffidenza per i contratti atipici, ivi comprese le promesse a titolo gratuito. Ma di questa diffidenza andavano indagate le ragioni e la portata, per non cadere in valutazioni errate o generiche (2): v. anche § 33 *sub a.*

In fondo ,il dibattito, peculiare allo svolgimento della *civil law,* fra principio del nudo consenso e principio del patto vestito esprime la lotta fra la pretesa dell'elemento *atipico* e non formalistico, rappresentato dal primo principio, e le pretese o le esigenze dell'elemento tipico. Questo, come già vide Grozio, costituisce una *causa civilis* per la sanzione giuridica della promessa, in quanto risolve i problemi sopra accenati (v. § 4 *sub d*).

La cennata pretesa dell'elemento atipico non significa pretesa

---

(2) Quanto alle valutazioni errate, v. sopra § 19 specie *sub b,* 2°. Quanto alle valutazioni generiche, cfr. JENKS, *The book of the English law,* Londra, 1936, p. 394-395, il quale ne scrive che la *civil law,* a differenza della *common law,* mostra la tendenza a inquadrare in tipi i contenuti contrattuali voluti dalle parti; e il contratto innominato (atipico) non ha ricevuto un cordiale benvenuto (*a hearty welcome*) nella moderna *civil law.* Ma in che consista precisamente questa antipatia, quali ne siano le ragioni e la precisa portata pratica il Jenks non dice.

della volontà del promittente di essere giuridicamente riconosciuta (v. § 6); ma pretesa del promissario o della posizione di creditore o, se si vuole, della coscienza creditoria di una data società o di un dato gruppo sociale: pretesa a che il promittente venga condannato sulla base di una semplice promessa. E abbiamo visto come e per quali ragioni (v. § 19 *sub a* in principio e § 23 in principio) questa pretesa dell'elemento atipico non abbia in realtà trionfato nella *civil law*.

Questa lotta fra elemento tipico e elemento atipico si presenta nella moderna *civil law* assai spesso sotto il profilo (storicamente, se non sempre razionalmente, coerente) di una lotta contro la promessa a titolo gratuito, poichè si tratta appunto di vedere, per le obbligazioni di dare, se la controprestazione o la *causa praeterita* siano sufficienti a escludere l'idea e la forma della donazione; e per le altre obbligazioni, se vi sia una situazione (ivi compreso l'affidamento del promissario) che giustifichi e fino a qual punto la condanna di chi ha promesso senza una controprestazione. E in tutte queste obbligazioni sorge anche il problema di accertare l'intento di obbligarsi sul piano giuridico e i suoi limiti.

Si può dunque concludere che, dal punto di vista del diritto privato, il nostro moderno problema del contratto è soprattutto il problema della promessa a titolo gratuito.

b) *La tendenza alle generalizzazioni e alle astrazioni propria dei giuristi di civil law.*

In questa prima parte del nostro corso abbiamo avuto un'occasione (se altre non si presentassero) di fare un'esperienza di questa tendenza dei nostri giuristi e dei suoi malefici effetti.

Ci limitiamo a rinviare il lettore ai seguenti luoghi: § 4 *sub d;* § 5 *sub a, b, c, d;* § 6 sul potere della volontà come portato della generalizzazione o estensione dei caratteri di alcuni negozi giuridici alla categoria astratta del « negozio giuridico »; § 7, specialmente in fine; § 9 in fine, § 10 specialmente *sub f;* § 11 *sub c, d, e;* § 16 *sub a;* § 19 *sub b e c;* § 20 *sub a.*

Ma l'esempio più formidabile di questa tendenza alle generalizzazioni o di questo bisogno di sistemazioni ad ogni costo, spesso di carattere nominalistico e concettualistico, l'abbiamo trovato nella concezione della « causa » come scopo del contraente e al tempo stesso come ragione giustificativa della sanzione giuridica (v. sopra tutto il § 22).

Questa tendenza ha creato e crea enormi difficoltà e fatiche improbe nello studio della *civil law,* e fa di questa spesso una « selva selvaggia ».

Il bisogno di ordine e di sistemazione si è risolto così nel disordine e nella confusione.

II.

LO SVILUPPO DELL'OBBLIGAZIONE CONTRATTUALE NELLA COMMON LAW (1)

§ 25

Premessa

a) *Ragioni della brevità relativa della trattazione.*

Il lettore, scorrendo le pagine che seguono, si renderà subito conto come la parte del nostro corso dedicata alla *common law* sia relativamente più breve di quella concernente la *civil law*. La ragione di ciò è duplice.

Anzitutto, la maggior parte dei problemi generali che concernono l'obbligazione contrattuale e il suo sviluppo sono stati considerati discorrendo del sistema di *civil law;* talchè riuscirà più facile intendere lo sviluppo e la portata delle regole e dei principi di *common law,* senza bisogno di ripeterci. Del resto, i richiami alla *common law* nella prima parte del nostro lavoro sono stati frequenti e copiosi.

In secondo luogo, non vi è dubbio che il sistema contrattuale della *common law* è più semplice. Esso è più « *éloigné* » da quella

(1) La breve trattazione che segue in parte riproduce e in parte sviluppa, amplia e talvolta modifica l'articolo « *Appunti sul contratto obbligatorio nel c.d. diritto continentale e nella common law* (nn. 6-11 pubblicato nella *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile,* 1953). Rispetto a quest'articolo, redatto verso la metà del 1952, il lettore troverà nella trattazione che segue alcune modifiche, anche sostanziali, dovute a ulteriori studi e riflessioni.

« *simplicité du droit naturel* » e dalle connesse tendenze generalizzatrici e anche nominalistiche e concettualistiche, che hanno in realtà portato più confusione che chiarezza, più equivoci che luce, più disordine che ordine (v. sopra § 5 *sub b,* § 4 in fine e § 24 *sub b*). L'eterna illusione della ragione contro la storia, contro l'esperienza e il costume, non ha, per motivi particolari all'ambiente di *common law,* operato in quest'ambiente.

Le cennate tendenze hanno creato sul reale diritto nostro delle pesanti soprastrutture, quasi come le ricoperture barocche dei nostri monumenti del medioevo e del rinascimento; ma non tali, per fortuna, che questi monumenti, come la reale *ciwil law,* non si possano riscoprire nelle loro linee essenziali. Tuttavia per riscoprire queste (e lo diciamo senz'ombra di immodestia) è occorsa una grande fatica: è stata necessaria, cioè, una lunga trattazione, che si sarebbe potuta risparmiare, se quelle soprastrutture non fossero esistite. Ma esse esistono e fanno parte, in certo senso, della *civil law;* sono un fatto storico nella sua storia, che, come ogni storia, va presa così com'è.

Un'altra ragione in certo senso giustifica la brevità della nostra trattazione del contratto nella *common law,* ed è che questa è una *judge made law* o una *case law;* sicchè, per intenderla, conviene soprattutto aver riguardo ai casi giudiziari. La portata dei suoi principi si intenderà meglio riflettendo sui casi riferiti nel vol. II.

b) *Brevi cenni sulla common law.*

Il nostro è un corso sul contratto e non sulla *common law,* sul suo sviluppo e sulle sue fonti. E tuttavia la concezione del contratto nella *common law,* di cui offriamo uno schizzo, non potrà essere intesa senza una certa conoscenza dei lineamenti generali di quel sistema giuridico, la quale a sua volta si fortificherà nello studio del problema del *contract* come uno degli aspetti caratteristici del sistema stesso. Ma quanto ai lineamenti generali suddetti, dobbiamo in proposito riviare il lettore alle opere che ne trattano. Per una prima informazione, sufficiente ad uno studente, consigliamo DAVID, *Intro-*

duction à l'étude du droit privé d'Angleterre, citato a nota 1 nel § seg., opera veramente commendevole.

Potrà consultarsi con profitto, ma già dal punto di vista di un uomo dei paesi di *common law,* PLUCKNETT, *A concise history of the common law,* pure citata in quel luogo.

Soltanto per comodità di qualche richiamo che in seguito faremo o, se si vuole, per comodità del lettore affrettato (che non dovrà essere uno dei nostri studenti!), facciamo seguire un brevissimo e povero cenno sulla *common law,* sul suo sviluppo e sulle sue fonti.

1°) Il termine *common law* significa « diritto comune » ed è, in *certo* senso, l'equivalente del nostro diritto comune anteriore alle codificazioni.

La *common law* è un sistema sviluppatosi nell'Inghilterra propriamente detta (la Scozia è ancor oggi un paese di *civil law* v. § 36). Esso si è esteso poi: agli Stati Uniti d'America (esclusa la Louisiana che, almeno in materia di diritti reali, persone, famiglia e successione, è un paese di *civil law;* mentre in materia di obbligazioni, pur vigendo un codice appartenente alla famiglia napoleonica, si fanno sempre più sentire le influenze della *common law*); al Canadà (escluso il Basso Canadà, Quebec, con un codice di tipo napoleonico); alla Australia, e alla Nuova Zelanda; che sono i paesi ove domina incontrastata la *common law.*

2°) In una prima fase, che va fino all'invasione normanna (1066), il diritto inglese è il diritto di un popolo d'origine germanica, gli anglo-sassoni, con tutte le caratteristiche di simili diritti, le quali pur si fanno sentire anche in epoca più tarda. L'influenza del diritto romano è pressochè nulla.

3°) In una seconda fase, che si estende *grosso modo* fino al secolo XV, su quel primitivo terreno barbarico, sul diritto normanno e sulle consuetudini locali, che man mano si evolvono, si sviluppa, ad opera delle Corti centrali di Londra, un sistema giuridico con certe caratteristiche peculiari, che sarà appunto la *common law.* Anche qui l'influenza del diritto romano e di quello canonico è assai

limitata, pur non essendo nulla, come vecchie leggende, assai accreditate, amavano far credere.

E' tuttavia un sistema che presenta molti tratti comuni coi nostri sistemi giuridici medievali.

4°) In una terza fase, che va press'a poco dal secolo XVI al XVIII, la *common law,* sempre ad opera delle Corti centrali di Londra, tende a distinguersi profondamente dalla *civil law.* A differenza di questa, l'influenza delle scuole di diritto naturale e del pensiero razionalistico vi è assai limitata. Limitata è anche l'influenza del diritto romano (la *civil law* esercita qualche influsso, specialmente attraverso l'autorità di Pothier, non sempre rettamente inteso). Il diritto commerciale italiano costituisce altresì oggetto di una recezione o, meglio, di un adattamento. Il diritto canonico, cui si ispirano le Corti di *equity,* non è in gran simpatia e, specialmente nella materia dei *torts* e dei *contracts,* deve cedere con la vittoria delle Corti di *common law* su quelle di *equity.*

Salvo questi influssi esterni assai limitati, si può dire, nell'insieme, che la *common law* a quest'epoca (che è la sua epoca d'oro), continua a sviluppare, quasi in uno splendido isolamento, il diritto medievale, secondo le caratteristiche nazionali e lo spirito inglese, adattandolo ai bisogni di una società moderna. La *common law,* cioè le sue Corti, mostra uno spirito tradizionalista e conservatore tipico (2). Si sviluppa in modo empirico, seguendo le esigenze pratiche che man mano si presentano; e cerca di adattarvi le vecchie forme, specialmente le forme processuali (*forms of action*), senza preoccuparsi di costruire delle teorie o di teoricamente razionalizzare, in sistema, le sue regole giuridiche. Da questo punto di vista, l'opera

(2) Ad esempio, in materia di *property,* la *common law* conserva la terminologia e certe forme o strutture del diritto feudale, pur essendo stata adattata e trasformata in un sistema che, secondo qualche autore, è un « *good piece of work* », migliore, sotto certi aspetti funzionali, della nostra legge sulla proprietà e sui diritti reali (cfr. LAWSON, *The rational strenght of English law,* London, 1951, p. 75 segg.).

Nella democrazia americana il proprietario e l'affittuario sono ancora chiamati, con terminologia feudale, *landlord and tenant!*

dei *savants,* specie come funzione creativa e di sistemazione concettuale, non ha presa nella *common law*. Il che costituisce un elemento assai importante che la distingue dalla *civil law* (v. sopra § 4 in fine e § 24 *sub b*) (2 bis).

Questo sviluppo non teorico è un portato dello spirito empirico e pratico del popolo inglese, e sopratutto del fatto storico, il quale forse ad un certo punto ne è un riflesso, che la *common law* è un prodotto delle Corti (*judge-made law* o *case-law*).

Ma non bisogna credere, per questo, che la *common law* sia un ammasso informe e disordinato di regole incoerenti. Essa in realtà, nonostante le contraddizioni, le finzioni, le sovrapposizioni e le anomalie, inevitabili in tal modo di formazione, è un sistema coerente ,talvolta assai più rigidamente coerente del nostro (v. ad es. *infra* § 29 in fine e § 30 nota 8) (3). I principi, sviluppatisi nel tempo ad opera dei giudici, esistono; e, anche se non sono espressi nel modo caratteristico delle formule dei nostri codici, sono posseduti o operanti nello spirito dei giudici e dei giuristi, come ci fanno osservare gli stessi autori di *common law*: cfr. ad esempio, WINFIELD nel suo classico trattato sui *Torts.*

5°) In un'ultima fase, dal secolo XIX fino ai nostri giorni, la *common law* continua a camminare sulla stessa strada. Essa resta una *judge-made law,* mentre la *civil law,* realizzando le sue tendenze razionalistiche, si incammina per la strada delle codificazioni.

La *common law,* come diritto comune, o come insieme di quei principii e regole che noi troviamo nei nostri codici, continua ad essere anche oggi un diritto non codificato, pur esistendo e pur continuandosi a crearne leggi scritte in certe materie speciali (vendita di cose mobili, società, cambiale, ecc.).

(2 bis) Parliamo della formazione della *common law* (fino a tutto il secolo XIX). In tempi recenti, specie in America, si è fatta sentire una certa influenza della dottrina, ma limitata a funzioni di coordinamento o di proposte di riforma. V. su ciò MANCINI, cit.. al § 37.

(3) Per questa più rigida coerenza e per un eccesso di logica nella *common law,* cfr. LAWSON, *op. cit.,* p. 37 e 70.

6°) La *common law* è *sostanzialmente un diritto sviluppato dalle Corti centrali di Londra,* sulla base del diritto consuetudinario e sulle altre basi sopra menzionate (ivi comprese le influenze, per quanto limitate, del diritto romano, di quello canonico, della *civil law* e del nostro diritto commerciale).

V'è, da questo punto di vista, una suggestiva analogia con lo sviluppo del diritto romano ad opera dei pontefici, del pretore e dei giuristi (che, nella *common law,* in questa funzione, furono quasi sempre i giudici delle sue corti).

Questo fenomeno, di un diritto squisitamente giudiziario, si spiega con un fatto storico decisivo: la centralizzazione della giustizia nelle Corti di Londra ad opera dei re normanni, e la vittoria di queste Corti su quelle locali. Tutte le cause di una certa importanza venivano e vengono ancora oggi trattate nelle Corti Centrali, sia in prima che in seconda istanza: ove il caso lo richiede, i giudici delle Corti Centrali vanno in trasferta (*circuit*), ma ritornano sempre a Londra.

Questi giudici, di numero assai limitato, vivevano assieme in una specie di corporazione a Londra; il che ha resa più facile la formazione di un diritto giudiziario o giurisprudenziale uniforme, anche mediante l'autorità del precedente.

Quei giudici, a loro modo, erano in realtà, negli effetti pratici, un corpo di legislatori.

I processi, anche oggi, a Londra sono relativamente pochi, sia perchè gli inglesi non sono litigiosi, sia per l'alto costo della giustizia, sia per una serie di misure profilattiche, di cui saggiamente s'è coperta la *common law,* al fine di scoraggiare la litigiosità (nell'anno 1952 le cause avanti la House of Lords, che sarebbe un po' come la nostra Cassazione, furono soltanto 17).

Dove non esiste quella spinta centralizzazione della giustizia, come da noi sul continente, nel medioevo e anche oggi, è molto difficile formare un diritto giudiziario uniforme quale fonte preminente. Ed è interessante osservare come negli Stati Uniti, ove la giustizia non è in tal modo centralizzata, e ove esistono 48 *jurisdic-*

tions o centri di giurisprudenza, il sistema della *judge made law* dà luogo a degli inconvenienti assai gravi; talchè v'è chi sostiene l'opportunità di una codificazione, e alcune sono state tentate nella forma privata del *Restatement.*

Comunque, la centralizzazione della giustizia inglese a Londra ha permesso a suo tempo quella formazione di un corpo di regole e principi, che ancor oggi, con opportuni adattamenti e svolgimenti, costituiscono la *common law* dei vari paesi che vivono secondo questo diritto.

Il carattere di *judge-made law* o di *case-law* (diritto che nasce dal caso concreto deciso) fa sì che la *casistica,* o il caso giudiziario, sia pure come espressione concreta di regole e principii, ha un'importanza molto maggiore che nel sistema delle fonti della *civil law,* specie moderna (v. vol. II). Tuttavia, di fronte ad articoli come il 1382 c. civ. francese o il 2041 c. civ. italiano, o gli artt. 894, 1131 c. civ. francese, 769, 779, 793, 1325, 1418 c. civ. ital. e simili che trattano della donazione *cum onere* e più o meno direttamente della causa e della *cause suffisante* (o addirittura non ne trattano: v. sopra §§ 10-13 e § 22); di fronte ad articoli del genere, diciamo, anche noi non abbiamo che ricorrere alla giurisprudenza e alla dottrina (ben inteso, come *communis opinio* e non come scoperta o « teoria » di qualcuno dei ben noti *savants*).

7°) Si è accennato al principio, assai noto, dell'autorità del precedente (*stare decisis*). Si tratta di un'autorità *formale,* di fonte del diritto, e non di quella semplice « *persuasive authority* » che hanno i nostri precedenti giurisprudenziali. Tuttavia, questo principio ,che solo rende possibile la formazione di un diritto giudiziario, come principio di un'autorità *formale,* si è svolto lentamente nella *common law.*

Esso implica una certa stabilità e anche una certa rigidità del diritto ed è congeniale ad uno spirito conservatore. Il precedente (come, del resto, una legge scritta; v. ad esempio, lo *Statute of Frauds* del 1677 in materia di forma scritta), se non è stato modificato, o se no ne esistono altri, può risalire anche a parecchi secoli

fa. Ma una rigidità, se non un conservatorismo, maggiore implicano anche le formule dei nostri codici, quando esse scendono a disciplinare in modo particolareggiato una certa materia. I giudici di *common law,* pur essendo dei conservatori e addirittura pretendendo di dichiarare (*to find*) il diritto, non hanno mancato, fin dove era possibile, e secondo il temperamento di ciascuno e lo spirito più o meno progressivo delle varie epoche, di far evolvere la *common law* per adattarla ai bisogni di una società in movimento. A ciò hanno servito, come nel diritto romano e come, del resto, talvolta anche da noi oggi, le finzioni e l'arte del distinguere, sulla base del fatto, il caso in esame da quello precedente.

L'opera che le Corti di Londra hanno svolto, specialmente nella seconda fase (secoli XII-XV), per adattare il rigido sistema processuale delle *forms of action* ai bisogni della nuova società, è veramente qualcosa di monumentale, paragonabile all'opera del pretore e dei giureconsulti romani (v. ad esempio, in tema di contratti, *infra* § 26 e segg.).

8°) I meriti intrinseci di questa *common law,* il fatto che essa è principalmente un prodotto dello spirito del popolo inglese, e si svolge con la sua storia ed è legata alle libertà del cittadino inglese (libertà che fanno parte integrante della *common law,* senza distinzione, sotto questo profilo, fra diritto pubblico e privato e fra le varie branche del diritto), tutto ciò contribuisce, agli occhi dei cittadini dei paesi di *common law,* a rivestire questo diritto comune di una maestà e di un rispetto che invano si cercherebbe da noi per il nostro diritto comune contenuto nei codici e altrove. Se ne parla come della « *our Lady the Common Law* ». E' un sacro retaggio da conservare, nel suo spirito fondamentale, per la stessa difesa della civiltà (4).

(4) Cfr. RICHARD O'SULLIVAN, *The inheritance of the common law,* London, 1951, fautore della concezione medievale della *common law* contro lo stato legislatore moderno che distrugge l'individuo e la famiglia e che, con la sua legislazione confusa e a getto continuo, sta distruggendo la stessa *common law.* « *Medieval thought is today fighting hard for the cause of law against amoral irresponsible state* » (p. 118). Cfr. per analoghe

Essa rappresenta sempre il diritto comune o fondamentale, o quelli che da noi si chiamerebbero principii generali del diritto. Talchè la legge scritta, nonostante l'autorità suprema del Parlamento, è sempre considerata come un'eccezione ai principii. Ciò spiega sia il modo di interpretazione stretta della legge scritta (*statute*), sia il suo modo di redazione, piuttosto diffuso e casistico (a parte gli influssi dello spirito empirico), al fine di coprire il più possibile i rischi dell'interpretazione stretta e di mostrare che su tutti i singoli punti i redattori della legge scritta hanno inteso derogare o modificare il diritto comune.

9°) Come s'è detto, la codificazione del diritto comune manca nei paesi di *common law,* almeno come tendenza (ma in alcuni degli Stati dell'Unione Americana esistono dei codici: v. ad es. *infra* § 30 in fine).

Nel corso del nostro lavoro richiameremo spesso il *Restatement* americano sui contratti (1932). Si tratta di una codificazione o, meglio, uno specchio del diritto, di carattere privato: opera di un'organizzazione di giuristi, l'*American Law Institute,* che gode soltanto di una « *persuasive authority* ». *I Restatements* sono parecchi: *torts, contracts, agency, trusts, property, conflicts of laws.* Essi sono divisi in paragrafi o articoli, che formulano definizioni e massime, con un commento e delle illustrazioni mediante esempi. Data la formazione mentale di un giurista di *civil law,* essi possono essergli assai utili, purchè si adoperino con cautela.

10°) Ad un fatto caratteristico converrà ancora accennare, come mero richiamo, per intendere quanto si verrà dicendo sul contratto: ed è la distinzione fra le Corti di *common law* e quelle di *equity.*

Com'è noto, *equity* non si può tradurre con la nostra « equità », Si tratta di un vero e proprio corpo di regole giuridiche che si vennero formando nelle Corti di *equity,* presiedute dal *Lord Chancellor,* un prelato (onde le influenze canonistiche). Queste Corti

---

concezioni Tocqueville e altri nel mio libro *Commento a Toqueville,* Milano. 1948.

cercarono di moderare le durezze del diritto stretto, o *common law stricto sensu,* professato nelle Corti di *common law.*

Presiedute dal *Lord Chancellor,* esse erano una diretta emanazione del Re, come *Fountain of justice* (onde la lotta fra esse e le Corti di *common law,* riserva dei baroni o dei *Lords,* che in quell'emanazione regia vedevano un potenziale nemico delle libertà inglesi e della *common law* che storicamente le esprimeva).

V'erano dunque, sullo stesso caso, possibilmente due azioni o ricorsi, uno avanti le Corti di *common law,* l'altro avanti le Corti di *equity.* Nel decidere su questi ricorsi e nel cercare di temperare le durezze del diritto stretto, le Corti di *equity* vennero man mano creando, mediante l'autorità del precedente, un corpo di principii e di regole tanto stabili e determinate quanto quelle create nelle Corti di *common law.*

Più tardi, verso la fine del XIX secolo, la distinzione fra questi due tipi di Corti, come distinte fonti di diritto, cessò, non soltanto in Inghilterra (1875), ma in genere anche negli altri paesi di *common law.* Tuttavia rimase e rimane la distinzione fra due corpi di regole giuridiche, con ispirazione diversa e talvolta con diverse forme processuali, benchè questi due corpi di regole siano oggi applicati dallo stesso giudice o da giudici di sezioni diverse (specializzate) di una stessa Corte.

In senso largo, «*common law*» è termine che abbraccia entrambi i corpi di regole. In senso stretto, il termine si riferisce alle regole formate nelle Corti di *common law,* in contrapposto al corpo di regole costituenti l'*equity.*

Tutto ciò ha una notevole importanza in tema di contratti perchè questa materia, insieme con quella dei *torts* e altre, era riservata alle Corti di *common law* (a differenza, ad esempio, dei *trusts*). Queste ultime, secondo il loro spirito, quello del diritto stretto e in certo senso formalistico, furono le artefici del sistema contrattuale della *common law* (v. anche *infra* § 26 *sub e* e § 35 *sub b*). L'intervento delle Corti di *equity,* per quanto frequente e di notevole portata, ebbe sempre l'aspetto di un rimedio eccezionale o di

un correttivo; ad esempio, in materia di sanzioni per l'inadempienza, la *specific performance* o esecuzione in forma specifica, concessa soltanto in alcuni casi, fu opera dell'*equity,* mentre la sanzione ordinaria per l'inadempimento di un contratto è ancora oggi quella del risarcimento dei danni (sui vari interventi dell'*equity* in materia contrattuale, v. HANBURG, *Modern Equity,* London, 1949, 5ª ediz.). Vedasi anche *infra* § 26-35.

11°) Infine: qualche cenno di carattere terminologico concernente il contratto.

Il termine « *contract* » nella *common law* indica l'obbligazione volontaria e comprende non soltanto il nostro contratto obbligatorio, ma anche l'atto unilaterale, la promessa che generi obbligazione senza bisogno di accettazione (v. tuttavia POLLOCK, *Contracts,* p. 6, cit. al § 26 nota 1, che considera come un'anomalia questa estensione del concetto o termine di *contract* agli atti unilaterali; e il *Restatement* americano sui *contracts,* § 85 che parla di *contracts* senza consenso, *contracts* che anche nella *common law* hanno pur sempre carattere eccezionale).

Contract è in certo senso un'equivalente di « *promise* » ed è anche definito come « *a promise or a set of promises* », una promessa o un insieme di promesse, s'intende, unificate dall'accordo o convenzione (WILLISTON, *Contracts,* § 1; POLLOCK, *Contracts,* p. 1; ANSON, *Contracts,* p. 21; *Restatement* americano sui *Contracts,* § 1, v. nota bibliografica al § 26).

Ma la « *promise* » non è ancora l'atto (*contract*) producente il vincolo giuridico; perchè essa lo produca, cioè sia un *contract,* occorre la forma o la *consideration* (v. §§ segg.).

Il termine « *contract* » non è pertanto l'equivalente del nostro termine « contratto » nel senso moderno; sia perchè il primo comprende anche l'atto unilaterale; sia perchè il secondo comprende anche la convenzione che ha per oggetto il trasferimento della proprietà o di altri diritti e la costituzione di diritti reali in genere.

D'altro lato, sarebbe inesatto tradurre con « *agreement* » il nostro termine contratto come convenzione concernente rapporti di carat-

tere patrimoniale. *Agreement* significa, oltre la convenzione obbligatoria, traslativa, costitutiva o modificativa di diritti patrimoniali, anche la convenzione o accordo non avente effetti giuridici (ad esempio, *gentlemens' agreement*) e la convenzione avente effetti giuridici, ma non di carattere patrimoniale.

Informal o *simple contract* significa contratto o *promise* che non riveste la forma dell'*act under seal* (contratto formale in senso stretto: v. *infra* § 34), benchè possa essere soggetto alla forma scritta o ad altre forme. *Formal contract* è, dunque, il contratto formale puro.

Quanto alla terminologia per gli atti traslativi, costitutivi, modificativi o estintivi di diritti patrimoniali, v. *infra* § 38 sul *transfert.*

Poichè parleremo spesso di « *doctrine* », appena occorre osservare che, nella terminologia di *common law,* la « *doctrine* » è la regola stabilita dalla giurisprudenza o la nostra « giurisprudenza »; mentre « *jurisprudence* » significa teoria, più o meno generale, del diritto; e corrisponde, in certo senso, alla nostra « dottrina ».

§ 26.

Brevi cenni storici sul contratto nella common law (1)

a) Actions of assumpsit e of debt.

E' probabile che durante il medioevo in Inghilterra vigesse,

(1) Nota bibliografica. — Su questo punto e in genere sul contratto nella *common law* si possono consultare fra l'altro: HOLMES, *The common law* (1882), 43ª ristampa, Boston, 1949, p. 247 ss.; AMES, *The history of assumpsit, Harvard Law Review,* 1888, riprodotto con alcune modifiche in *Select Essays* in *Anglo-American legal history,* Cambridge, 1909, III, p. 259 ss.; SALMOND, *The history of contract,* in *Law Quarterly Review,* 1887, riprodotto in *Select Essay,* cit., v. III, p. 320 ss.; PAGE, *Consideration genuine and synthetic,* in *Wisconsin Law Review,* 1947, p. 483 ss.; FIFOOT, *History and sources of the common law, Tort and contract,* Londra, 1949; il *Sixth interim Report* (1937) del *Law Revision Committee* inglese, che contiene anche uno schizzo storico. Oltre, naturalmente, i trattati di storia del diritto: HOLDS-

nelle consuetudini e nelle corti locali, il sistema dei contratti for-

---

WORTH, *A History of English Law* [5], III, Londra, 1942; POLLOCK e MAITLAND, *History of English Law* [2], II, Cambridge, 1923; PLUCKNETT, *A concise History of the Common Law*, Londra, 1948, p. 592 ss.

Sul tema della *consideration*, in relazione anche a problemi di riforma e di diritto comparato, si possono altresì vedere. LORENZEN, *Causa and consideration in the law of contracts*, in *Yale Law Journal*, XXVIII (1919), p. 621 ss.; HAMSON, *The reform of consideration*, in *Law Quarterly Review*, 1938, p. 233 ss.; e il complesso degli articoli sulla *consideration* di LEWELLYN, SHARP, FULLER, MASON e HAYS, pubblicati dalla *Columbia Law Review*, XLI, 1941.

La letteratura è molto abbondante.

Conviene tener conto anche dei trattati sul *Contract*. Poichè di questi si è dovuto fare una scelta, indichiamo qui i trattati che verranno più spesso citati, col modo abbreviato di citazione:

POLLOCK, *Principles of Contracts* [13], riveduto da *Winfield*, Londra, 1950 (POLLOCK, *Contracts*); ANSON, *Principles of the English law of contract* [19], riveduto da *Brierly*, Oxford, 1945 (ANSON, *Contracts*); WILLISTON, *A treatise on the law of contracts*, edizione riveduta dall'autore e da *Thompson*, I, New York, 1936 (WILLISTON, *Contracts*); CHESHIRE and FIFOOT, *The Law of contracts*, London, 1952 [3] (CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts*).

Quanto alla letteratura della *civil law* in materia, essa è piuttosto insoddisfacente; talvolta, essa si limita ad una assimilazione, assai poco fondata, fra causa e *consideration*; talaltra, si accenna a delle differenze di carattere tecnico che non eliminerebbero, si dice, l'identità sostanziale delle soluzioni pratiche: e, comunque, non si tiene conto del diverso sviluppo storico e del diverso spirito dei due sistemi, specialmente dopo l'ondata giusnaturalistica nell'epoca precedente le codificazioni (v. § 4 a 6).

Cfr. ad es.: LEHR, *Eléments de droit civil anglais*, II, 1906, n. 696; WALTON, *Causa et consideration dans le droit anglais des obligations*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1919, p. 469 ss.; ESMEIN, *Un chapitre de l'histoire des contrats en droit anglais*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1883, p. 555 ss.; CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1927, nn. 87-88; PLANIOL, *Traité pratique de droit civil*, VI, Paris, 1952, p. 323 nota 3; DEMOGUE, *Traité des Obligations*, I, Paris, 1923, n. 884; BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé*, cit., p. 456-458; FRANCESCHELLI, *Causa e «consideration» nel diritto privato italiano e anglosassone*, in *Riv. dir. priv.*, 1934, II, p. 208 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* [2], Torino, 1950, p. 170 ss. e altre citaz. ivi. H. NEWMAN, *The doctrine of cause or consideration in the civil law*, in *The Canadian Bar Review*, 1952, p. 662 ss.

Contro ogni assimilazione fra *causa* e *consideration*: DAVID, *Introduction à l'étude du droit d'Angleterre*, Paris, 1948, p. 205, e in generale gli autori di *common law*, eccettuato il Salmond (e tutti, comunque, senza entrare nel-

mali e reali che troviamo sul continente in quest'epoca (2); e ciò per quell'unità di costumi e di civiltà che nell'epoca stessa non ha ancora subìto alcuna seria rottura.

Ma, mentre il riconoscimento del contratto formale (specialmente nella forma del *deed* o *act under seal,* l'analogo della *charta* e della *traditio chartae*), non trovò alcun ostacolo; il riconoscimento del contratto reale, che apriva la via ad una più vasta concezione del contratto obbligatorio, trovò questo ostacolo nel sistema accentrato di giustizia delle Corti Centrali (le artefici della *common law!*) e nel connesso rigido sistema delle azioni, *writs* o *forms of action.* L'influenza di questo sistema di azioni doveva lasciare un'impronta peculiare, anche quando l'idea del contratto reale si libera o riaffiora.

Quando i bisogni degli affari e dei commerci premettero pel riconoscimento del contratto non formale, cioè verso la metà del secolo XIV e nel XV, le Corti centrali di Londra, che avevano quasi assunto il monopolio della giustizia, non avevano a loro disposizione una vera e propria forma o tipo d'azione contrattuale (all'infuori di quella pel *covenant under seal,* cioè pel *deed*). Le Corti perciò usarono e adattarono due forme di azioni: una di carattere delittuale, l'*assumpsit,* e l'altra che si potrebbe definire *grosso modo* di restituzione, e le usarono per quella parentela che i concetti di delitto e di restituzione possono mostrare con l'idea dell'inadempimento contrattuale, così come avvenne all'origine anche in altri sistemi giuridici (v. sopra § 1 e 2).

1) L'*action of assumpsit* si riconnette alla classica azione delittuale di *trespass* e al suo allargamento nel *trespass on case.* Essa veniva concessa contro chi si era assunto (*assumpsit*) di eseguire

---

l'esame concreto o approfondito dello spirito e della portata delle differenze).

Cfr. in proposito anche la bibliografia citata nel mio articolo *La causa nel pensiero dei giuristi di common law,* in *Riv. dir. comm.,* 1951, I, p. 340, nota 1: nonchè quella citata dal MANCINI nell'articolo richiamato al § 37.

(2) Cfr. PLUCKNETT, *op. cit.,* p. 600: POLLOCK e MAITLAND, *op. cit.,* II, p. 184 ss.; ANSON, *Contracts,* p. 15 e citaz. ivi.

una prestazione (3) e l'aveva poi eseguita negligentemente o senza perizia. L'idea dominante, almeno per determinare l'inclusione del caso nello schema dell'azione, è ancora quella di un *tort,* di una « *tortious misfeasance* ». Da questa idea della *misfeasance* si arriva poi a quella di un *tort* consistente nella « *non feasance* », nell'inesecuzione di ciò che ci si è *assunti* di fare. E qui è più difficile mantenere il punto di vista di una responsabilità extracontrattuale. Lo si può soltanto considerando delitto, inganno o *deceit* (*tricherie*), il fatto di promettere, assumere e non mantenere (4), concezione assai vaga che è talvolta una finzione e che richiama analoghi procedimenti e concezioni dei nostri canonisti e di altri sistemi giuridici primitivi (v. sopra § 1 e 3). Questa concezione sembra anche combinarsi, nel vago di un'affannosa ricerca della giustizia, con quella che il promissario ha subìto un danno fidandosi (*reliance*) della promessa.

Da questo complesso di idee assai confuse, incerte o intricantisi a vicenda ,deriva poi la concezione della *consideration* come sacrificio o *detriment* subìto dal promissario; una concezione che lascerà profonde tracce nel sistema contrattuale della *common law.* Tuttavia ai primordi della *action of assumpsit* non emerge ancora nitida la concezione che il *detriment* deve essere stato *richiesto* dal promittente (concetto dell'accordo); si tratta piuttosto di un rapporto di stretta casualità fra il *fatto* della promessa e il *detriment* (5). In questa prima fase l'idea fondamentale è quella che il promis-

(3) Ad esempio: trasportare un cavallo al di là di un fiume; curare un uomo o un animale ammalati; ferrare un cavallo; costruire una casa; o il caso del barbiere « che si assunse di radere un cliente con un rasoio pulito e non infetto, e che invece eseguì tal lavoro in modo negligente o senza perizia »! ecc. Cfr. su questi casi, in cui si applicò l'*action of assumpsit*: AMES, *op. cit.*

(4) L'idea del *deceit* applicata ad una situazione contrattuale (*deceit on case*) data da epoca più remota: HOLDSWORTH, *op. cit.,* III, p. 429 ss.

(5) Quest'idea originaria di un *detriment* che, benchè non richiesto, ma prevedibile, deriva dal fatto della promessa in rapporto di causalità, farà la sua riapparizione nella *common law* moderna; V. § 90 *Restatement* americano sui *contracts, infra* § 27 *sub a.*

sario ha subìto un *detriment* per aver *entrusted* (affidato) la propria persona o i propri beni ad altri in *reliance* (fidandosi) dell'*undertaking* o assunzione da parte di questi (WILLISTON, *Contracts,* § 99). Nè qui sembra avesse rilievo il fatto che il promittente (il vettore, il barbiere, il fabbro, il medico ecc.; v. nota 3) avesse richiesto un corrispettivo per le sue opere. Bastava quell'*entrusting*.

Soltanto più tardi, quando l'idea di una azione contrattuale si fa chiara, cosciente e decisa, si porrà il requisito che il *detriment* del promissario deve essere stato richiesto dal promittente al momento della promessa (*at the request of the promisor*), in quella che è sostanzialmente una contrattazione di scambio, un *bargain*. E allora l'aver pagato il corrispettivo richiesto o l'aver fatto qualcosa a richiesta del promittente apparirà come un *detriment* richiesto. In realtà questo caso o questo concetto è diverso dal primo, che man mano passava in second'ordine e quasi decadeva per poi risorgere in tempi recenti (v. *infra* § 27, *sub a* e *b* per gli *undertakings* gratuiti).

Così il «*detriment*» *compiuto* dal promissario a *richiesta* del promittente, diventa, sia pure con caratteri peculiari, l'analogo di ciò che era la *res lato sensu,* prestazione (o contegno) eseguita in base ad un accordo, nei contratti reali medievali del nostro continente (§ 3). Se da questo requisito, cioè che la *res* fosse concordata, si poteva prescindere nell'originaria *assumpsit,* pel suo carattere delittuale (bastando all'uopo che si fosse subito un *detriment* facendo affidamento sulla promessa), non se ne poteva più prescindere quando l'idea di un'azione contrattuale si fece più chiara (sec. XV). L'*action* of *assumpsit* quasi si fonde, sotto questo aspetto della *res,* con l'*action of debt,* specialmente quando sorge l'*indebitatus assumpsit* (v. *infra sub b*).

2) L'*action of debt* era fondata su un rapporto esistente fra le parti, per cui l'una era tenuta ad una prestazione certa e determinata, una somma fissa e liquida. Questo rapporto, che tuttavia poteva anche non essere connesso con un accordo, derivava però nella maggior parte dei casi dal fatto che una persona aveva rice-

vuto qualcosa da un'altra, con l'accordo o promessa di restituire o dare qualcosa in cambio. Si trattava soprattutto dei casi di mutuo, di vendita, di locazione di opere o di servizi (6) in cui l'una delle parti aveva *già eseguita* la sua prestazione. Si concedeva allora l'azione, non tanto in vista dell'accordo o promessa, quanto del *fatto* che il convenuto aveva ricevuto una prestazione, deteneva senza titolo il bene ricevuto o doveva una restituzione nel patrimonio dell'attore (v. nota 6).

Più tardi, quando comincerà a delinearsi l'idea di una azione contrattuale, il *quantum* ricevuto costituisce il *quid pro quo* (secolo XV) (7). Da questa concezione si svilupperà poi l'altro aspetto della « *consideration* », quale *benefit* ricevuto dal promittente come

---

(6) Come si vede, le corti di *common law* adattarono ad una generica situazione contrattuale di scambio un'azione analoga alla *condictio* romana per la restituzione di un *quid* dato (v. però *infra sub e*). E probabilmente all'origine l'*action of debt* concerneva soltanto i casi di restituzione della stessa cosa ricevuta o del *genus* (ma anche nel mutuo il danaro, secondo la mentalità primitiva di allora, sembrava cosa di proprietà del mutuante: cfr. WILLISTON, *Contracts,* §§ 10 e 11; e POLLOCK e MAITLAND, *op. cit.,* II, p. 205).

Per la parentela fra l'*action of debt* e *l'action of detinue,* (detenzione di cosa altrui) successivamente sviluppatasi, cfr. PLUCKNETT, *Concise history,* cit., p. 345. E tuttavia l'*action of debt* non era un'azione reale, benchè il *writ* fosse nella forma del *praecipe quod reddat* (PLUCKNETT, *op. cit.,* pp. 343-345). L'*action of debt* poi non si limitava ai soli casi accennati nel testo, ma si estendeva anche ai debiti risultanti da un *deed* (PLUCKNETT, *loc. cit.*).

Il HOLMES, *The common law,* cit., p. 247 ss., sostiene che la *consideration* si sviluppo sopratutto dall'*action of debt.* Se questa non era fondata su un *deed,* l'attore doveva provare il fondamento dell'azione mediante i testimoni presenti alla conclusione dell'affare; e i testimoni non potevano giurare e, più tardi, deporre che su un *fatto*: l'esecuzione di una prestazione dall'attore al convenuto, la *res* che provava così la conclusione del contratto, il contratto reale! Questo fatto sarebbe divenuto poi la *consideration,* generalizzata come fondamento dell'azione contrattuale. Ma questa teoria, che si riallaccia al primitivo sistema delle azioni e della prova, è stata criticata (v. autori cit. a nota 1). Secondo queste critiche, si tende addirittura a ridurre il concetto di *consideration* a quello del *detriment* derivante dall'*action of assumpsit* (v. nota 23).

(7) PLUCKNETT, *op. cit.,* pp. 597-598.

« *inducement* » per la sua promessa, intesa questa come fonte di obbligazione contrattuale.

b) *L'indebitatus assumpsit.*

Questo sviluppo cominciò a profilarsi, allorchè, verso la metà del secolo XVI l'attore, che avrebbe potuto giovarsi di un'*action of debt,* cercò di evitarla, in quanto l'*action of debt* aveva un sistema assai complicato di procedura e poteva sfociare ancora nel secolo XIX nel *Wager of law* (giuramento di dodici compagni del convenuto che questi era innocente e che il suo giuramento era credibile). Inoltre l'*action of debt,* che aveva per oggetto una somma liquida o una quantità determinata di beni fungibili, non poteva servire, quando si dava qualcosa per la promessa di servizi o di beni non aventi quei caratteri.

Per evitare questi inconvenienti, l'attore si diede a sostenere che *dopo* l'accordo, che aveva dato luogo al *quid pro quo,* il convenuto aveva promesso (8), si era *assunto* di pagare il preesistente debito; e così il convenuto era responsabile secondo i principii dell'*action of assumpsit.* In questo espediente, che si chiamò *indebitatus assumpsit,* l'accento gravava sulla *promessa,* più che sul semplice *fatto* del *quid pro quo.* Tuttavia l'attore, in caso di contestazione, doveva ancora provare l'espressa assunzione o promessa di pagare il debito precedente. Soltanto ai primi del secolo XVII (*Slade's case,* 1602), a seguito di memorabili battaglie di competenza (o di concorrenza!) fra le corti di *common law,* si arrivò a presumere una simile promessa

(8) L'accordo, specialmente un accordo tacito, non recava in sé una *promessa* o un *assumpsit* espliciti; così nell'accordo « io faccio e tu farai »; o nell'accordo per cui un muratore viene a lavorare nella mia casa, sottinteso, a titolo oneroso.

Si sono trovate delle analogie, almeno nei risultati pratici, fra questo espediente (di un'*assumpsit* rispetto ad un rapporto contrattuale precedente) e il *constitutum debiti* o il *pactum geminatum* dei nostri interpreti medievali. Cfr. PLUCKNETT, *A concise history, cit.,* p. 608, nota 1, e citazioni *ivi.* Espediente che, peraltro, non ebbe alcuna seria influenza nella nostra prassi per farvi trionfare il c.d. nudo patto, come recenti studi han dimostrato; v. sopra § 4 nota 14.

o assunzione (9). Questo fatto, decisivo nella storia del contratto di *common law,* segna il trionfo dell'*action of assumpsit,* che diventa la base di quel sistema contrattuale e vi lascia, ancor oggi, una profonda impronta (v. *infra sub e*).

In tal modo ogni accordo, anche senza espresso *assumpsit,* che avesse dato luogo ad un *quid pro quo* ricevuto (*debt*), diventava ormai sanzionabile in base all'idea del contratto, più che in base a quella di un'obbligazione derivante dal *fatto* di aver ricevuto qualcosa (10).

Non è difficile vedere anche qui una concezione analoga a quella della *res* nei nostri contratti reali medievali (11) (intesa la *res* come prestazione positiva di qualcosa, più che come fatto o contegno implicante un sacrificio, che si trova invece accentuato nel *detriment* dell'*action of assumpsit*). Si tratta di una concezione analoga a quella dei nostri contratti reali medievali, ma con caratteri peculiari, come accenneremo (v. *infra sub e*).

c) *L'executory consideration: il contratto bilaterale.*

Fino a questo punto dello sviluppo del contratto nella *common law,* la *res vel factum,* in genere la prestazione o contegno concordato come scambio, doveva essere effettivamente compiuto (*executed consideration*), perchè la promessa potesse essere sanzionata o *enforced.* Prima di tale compimento la promessa era revocabile, come nel sistema dei contratti innominati romani e di quelli reali

---

(9) Tutto ciò rammenta le discussioni dei nostri interpreti medievali sull'equivalenza fra il *convenire* e il *promittere* e sulla possibilità di sottintendere un *promittere.*

(10) L'*indebitatus assumpsit* lascerà delle tracce in una concezione, discussa e discutibile, ma spesso riaffiorante, che, cioè, la valida *consideration* può anche consistere in un'obbligazione precedente (civile): v. § 28 *sub a.*

(11) V. sopra § 3. Qualche analogia può vedersi anche rispetto ai contratti innominati del diritto romano; ma essa è più lontana e va considerata con molta cautela (v. *infra sub e*).

medievali del continente (almeno, finchè per questi non vennero ammesse la parziale esecuzione o l'*arrha*: v. sopra § 3).

Ad un certo momento di questo faticoso processo di evoluzione, pare verso la metà del secolo XVI, le Corti riconoscono come valida *consideration* anche una contropromessa, cioè un *quid* promesso e non ancora eseguito (poi chiamato *executory consideration*). E ciò, probabilmente, senza preoccuparsi di inquadrare la contropromessa nel concetto del *benefit* o del *detriment* (12), ma piuttosto preoccupandosi delle esigenze pratiche che reclamavano il riconoscimento del contratto obbligatorio bilaterale, e magari sotto la spinta di motivi o concezioni analoghi a quelli che operarono da noi sul continente (13).

d) *La concezione moderna della consideration: il bargain come schema del contratto non formale.*

Il punto di arrivo di questo processo storico è la classica definizione della *consideration*: « *An act or forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable* » (un atto o un' astensione dell' una parte, o la promessa di ciò,

(12) Per queste preoccupazioni cfr. POLLOCK, *Contracts*, p. 145; CORBIN, *Cases on the law of contracts*, St. Paul, 1947, p. 249; WILLISTON, *Contracts*, §§ 103 e 103 A; Cfr. anche il mio articolo *Causa, consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 257, in nota.

(13) V. per la *civil law*, sopra, § 4, nota 10. Si tratta, cioè, della concezione, per cui la concessione (*grant*) di un diritto di credito (al prezzo) o di un diritto alla cosa (*grant of the right to possess chattels*, poi esteso agli immobili) viene assimilata ad una prestazione eseguita o alla *res* dei contratti reali. Cfr. su questo punto: HOLDSWORTH, *op. cit.*, pp. 437-438.

E' curioso osservare che, per questa via e disponendo di mezzi (*forms of action*) più limitati, le corti di *common law* arrivarono al riconoscimento del contratto bilaterale puramente obbligatorio forse prima che nella *civil law* e, comunque, nel modo più vasto e generico che abbracciava anche i contratti più atipici (v. invece sopra § 4).

è il prezzo pel quale la promessa dell'altra viene *comperata,* e la promessa in tal modo fatta per un corrispettivo è giuridicamente sanzionata): (14). Si adopera lo schema o il linguaggio della compravendita per meglio esprimere il concetto generale di una promessa mediante un corrispettivo (qualsiasi, *anche non rappresentante un interesse economico*) (15).

Così nella *common law* una promessa è sanzionata (*enforceable*) soltanto in quanto rivesta la forma dell'*act under seal* o vi sia una *consideration,* cioè, in quest'ultimo caso ,in quanto rientri in un negozio di scambio. Lo schema dello scambio o *bargain,* nel senso più lato, che abbraccia anche lo scambio non tipicamente economico (v. sopra § 10 nota 2, § 13 *sub d,* § 21 nota 2), è lo schema del contratto non formale. In certo senso si ha una situazione analoga a quello del diritto romano e medievale (v. sopra § 2 *sub b,* § 3 *sub a*), ove però il contratto era reale.

Qui ne preme osservare che il fondamento della sanzione giuridica nella *common law* sembra oggi, non tanto il fatto che il promittente ritragga un vantaggio dalla promessa o che il promissario subisca un danno effettivo, facendo affidamento sulla promessa stessa, quanto il fatto che *benefit* o *detriment* abbiano costituito l'oggetto di una contrattazione, di un *bargain* (16).

E' la volontà del promittente, in quanto promette domandando

---

(14) Secondo l'ormai classica espressione di Sir FREDERIC POLLOCK fatta propria dalla *House of Lords* nel caso *Dunlop Pneumatic Tyre Co. vs. Selfridge and C.°* (1915).

(15) CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts,* p. 53-54, che tuttavia sembrano accentuare troppo il concetto di « prezzo ».

(16) § 75, comment *b, c Restatement* americano sui *Contracts*: « *Consideration must actually be bargained for as the exchange of the promise... The fact that the promisee relies on the promise to his injury, or the promisor gains some advantage therefore, does not establish consideration without the element of bargain or agreed exchange* ».

La *consideration,* dice l'ANSON, *Contracts,* p. 85, il qualcosa dato o sofferto « *must necessarily be in respect of or in return for, the promise* ». Ciò che si esprime anche col concetto che quel *quid* deve essersi compiuto *at the request,* su richiesta, del promittente.

qualcosa al promissario, che conta, e non la giustificazione extra-contrattuale del vantaggio o del sacrificio.

E' interessante osservare come questo processo storico di sviluppo dell'idea del contratto sia parallelo allo sviluppo del contenuto o oggetto dell'azione o sanzione: un'azione che lentamente si libera dall'originaria impronta delittuale (*assumpsit*) e di restituzione (*debt*) per diventare veramente contrattuale: in altri termini, da un'azione di risarcimento di danni per la perdita sofferta e le spese fatte *in reliance of the promise* (v. sopra *sub a* 1) o di restituzione del valore del *quid* dato (*debt*), si passa ad un'azione per il risarcimento dei danni consistenti nel pieno valore della prestazione promessa (16 bis).

Gli schemi contrattuali riconosciuti, almeno in linea di principio, dalla *common law* anche oggi sono dunque lo schema formale (sull'*act under seal o deed,* v. § 34) e lo schema del *bargain* o scambio in senso lato, sul cui peculiare carattere e sul cui valore avremo ancora occasione di intrattenerci (v. *infra* §§ 27 segg.).

Consideration significa *bargain.*

Se una promessa non rientra in questi due schemi, essa non è giuridicamente sanzionata, pur potendo essere ed essendo di fatto rispettata, specie nel mondo degli affari, come *gentlemen's agreement* (v. *infra* § 35 nota 16).

In realtà, accanto a questi due schemi, altre promesse o contratti sono sanzionati, ma con una azione non contrattuale o, almeno, di carattere dubbio: e precisamente le promesse o contratti a titolo gratuito che danno luogo all'affidamento di una cosa (*bailment*), come il deposito, o all'affidamento di un affare, come il mandato, per la cui sanzione giuridica operarono ragioni diverse dal *bargain* e una diversa storia e pei quali invano si cerca una *consideration* in senso proprio (v. *infra* § 27 *sub b*). Anche l'obbligazione del *trustee* nel *trust* può non fondarsi su un *bargain;* ma il *trust* è un prodotto del-

(16 bis) V. AMES, *The history of assumpsit,* cit., in 2 *Harvard Law Review* I, p. 15; CORBIN, *Cases on the Law of contracts,* St. Paul, 1947, p. 376-377; WILLISTON, *Contracts,* § 1338.

l'*equity*, e non delle corti di *common law*, cui era riservata la materia del contratto (v. *infra* § 38 sul *transfert*).

Inoltre l'esigenza della forma o del *bargain* subisce altre eccezioni, sia pure come eccezioni, discusse e discutibili (v. § 27 e § 28 *sub a*).

e) *Breve nota di comparazione col diritto romano e con lo sviluppo storico della civil law. L'impronta dell'assumpsit: sviluppo del concetto di detriment.*

Abbiamo varie volte fatto allusione a certe analogie con lo sviluppo del contratto innominato di diritto romano, come schema del contrarre, e col contratto reale medievale (v. sopra § 2 in fine, § 3 e questo § 26 *sub a*).

Nella sua forma o struttura e in certe sue funzioni (v. § 1 *sub c*) l'*executed consideration* e, in certo senso, anche l'*executory consideration* come dazione di una promessa, rappresentano l'analogo della *causa data* o *res secuta* dei contratti innominati romani e dei contratti reali medievali, specialmente quando si tenga presente una delle origini della *consideration*, l'*action of debt* (17).

(17) Ma ciò anche rispetto all'*action of assumpsit*, quando il *detriment* non dipenda dal semplice essersi affidato alla promessa o *undertaking* (assunzione di fare qualcosa), ma dal fatto che il promittente aveva richiesto in cambio della promessa un contegno o prestazione in *senso lato* rappresentante un sacrificio del promissario. L'esecuzione di tale prestazione, il fare o non fare come convenuto fra le parti, rappresenta ancora la *res secuta* del contratto reale e ne ha, sotto questo aspetto, le funzioni.

La *res secuta* era, cioè, anche nella *common law*, dal punto di vista della struttura del contratto, un elemento per la *formazione* di questo; fino a che la *res* non era *secuta*, ciascuna promessa era revocabile (v. sopra § 1 *sub c*, § 2 *sub b*, § 3 *sub a* e *infra* § 29).

Pertanto, non sembra esatta l'opinione di WILLISTON (*Contracts*, § 99) e altri, che la *consideration*, come *requisite for the formation of an informal contract*, non trova alcuna *close analogy in the roman or modern civil law* (v. anche nota 19).

Il *bargain* è il «*contractus*» del medioevo e talvolta anche del diritto romano, nel senso comune (che ha anche oggi) di scambio o mercato; il *contractus par excellence* (18).

Ma quella struttura o questo «contractus» riceve nella *common law* l'afflato potente di uno spirito particolare, che dà a quei connotati, apparentemente comuni, un'espressione caratteristica, espressione del costume o dello spirito di un popolo, del suo diritto e della sua storia.

Da questo punto di vista, nonostante le cennate analogie e la vicinanza del *Grand Coutumier de Normandie* (19), non si può negare che il *contractus* o *bargain* della *common law* è un prodotto peculiare della storia del diritto inglese (20).

---

(18) Per questo significato del termine «contratto» v. sopra § 4 *sub b.* Ancora nel secolo XVI e anche più tardi sul continente il *contractus,* presso gli autori e nelle *coutumes,* è lo scambio, il mercato (v. FABRO ed altri citati dal CAPITANT, *De la Cause des obligations,* 1923, p. 429-432 a proposito della *donatio cum onere;* analogamente il RICARD e altri citati da TROPLONG, *Donations,* n. 57 a 59 e 62: v. anche MERLIN, da noi sopra citato al § 4, nota 27; è l'argomento per cui il Primo Console voleva escludere la donazione dai contratti).

Per il significato del termine *contractus* come scambio nel diritto romano fino ad epoca assai tarda: cfr. DE VISSCHER, *Etudes de droit romain,* Paris, 1931, p. 272 e segg. e autori ivi.

(19) Il quale *Coutumier* (*Summa de legibus Normannie in curia laicali,* Cap. 90, § 3) proclamava il principio «*Ex promisso nemo debitor constituitur nisi causa precesserit legitima promittendi*»; e questa *causa* era appunto la *res* dei contratti reali medievali. Sui rapporti fra il *Grand Coutumier de Normandie* e il contratto nella *common law,* cfr. POLLOCK et MAITLAND, *History of English law* (cit. sopra nota bibliografica al § 26), II, pag. 212, nonchè CHEVRIER, *Essay sur l'histoire de la cause dans les obligations,* Paris, 1929, p. 198 segg.

(20) Una reale differenza, quanto ai sottostanti accordi fra le parti, non sembra consistere in ciò, che nei contratti innominati di diritto romano si accentua la *datio* o la prestazione del promissario (nelle note espressioni *do* o *facio ut des, ut facias*: v. § 2 in fine); e che, invece, nella *common law* si accentua l'atto del promittente, la promessa, e il suo richiedere, come *bargain* o accordo di scambio, quella *datio* o prestazione, in senso lato, del promissario. L'accentuazione di quell'atto o posizione del promittente acquista, è vero, un significato particolare come fonte della sua responsabilità (v. *infra*

Come s'è accennato, le Corti di *common law,* passando attraverso le strettoie delle loro *forms of action,* riuscirono ad ammet-

---

nel testo), ma non ha nulla a che fare con la struttura degli accordi intervenuti fra le parti. Questi, sia nel contratto innominato romano che nel *bargain* della *common law,* potevano avere varia struttura, ad esempio: ti dò o fo e tu mi prometti di dare o fare qualcosa (*do* o *facio ut des* o *ut facias; quid pro quo* dell'*action of debt*); ti prometto di darti o di fare qualcosa, se ed in quanto tu darai o farai la talaltra (situazione dell'*assumpsit* diversa da quella della condizione vera e propria: v. sopra § 10 *sub a* nota 1 e WILLISTON, *Contracts,* § 112); ti prometto di darti o di fare la tal cosa, se ed in quanto tu mi prometti di dare o fare la talaltra, e simili.

Tutte queste posizioni o strutture di accordi contrattuali sono intercambiabili e non sempre distinguibili in pratica, così nel diritto romano che nella *common law* (cfr. WILLISTON, *Contracts,* § 8, 11 e 13 e § 99). Ciò che conta è che l'accordo, qualunque ne fosse la struttura o l'iniziativa di una delle parti, non acquistava valore giuridico se non quando una delle prestazioni era eseguita; che è appunto il tratto caratteristico del contratto innominato romano, del contratto reale medievale e di quello di *common law* nella fase dell'*executed consideration* (v. sopra).

L'accentuazione, nel contratto innominato romano, della *datio vel factum* precedente (e così nel *Grand Coutumier de Normandie,* v. nota 19 e nel *quid pro quo* dell'*action of debt*) è dovuta al fatto che il diritto romano ci serba, nei suoi testi, le traccie della prima fase in cui pel contratto innominato era concessa soltanto la *condictio causa data causa non secuta* per la restituzione del *datum* e in cui, quindi, la *datio* era l'elemento rilevante (v. § 2). Attraverso questa fase è passata anche la *common law* (v. sopra nota 6).

Naturalmente, v'è sempre, rispetto al diritto romano, la differenza che questo ammette tre contratti « *consensuali* » di scambio (non ammessi dalla *common law* nella fase in cui si riconosceva soltanto l'*executed consideration,* ma ammessi dipoi, non quali contratti tipici o nominati, sibbene nello schema generico del *bargain* o scambio fra obbligazioni). E v'è anche la differenza del regime giustinianeo della donazione (v. sopra § 2 *sub d*). Ma, a parte queste differenze, nell'apparente struttura e spesso nei risultati pratici, il sistema contrattuale che risulta dai testi giustinianei non è molto diverso da quello della *common law* nella fase dell'*executed consideration,* quando si sostituisca alla *stipulatio* l'*act under seal* e al contratto innominato l'*executed consideration* (*a fortiori,* se nel diritto giustinianeo anche la vendita era un contratto reale). Quanto al deposito e altri contratti reali di custodia e al mandato, essi sono riconosciuti, sotto particolare aspetto, anche nella *common law* (v. sopra *sub d* in fine e *infra* § 27).

Se si tralascia per ora l'impronta particolare lasciata dall'*action of assumpsit,* la prima fase del sistema contrattuale di *common law* si svolge sulle

tere o riammettere un *quid* analogo al nostro contratto reale medievale, come accordo di scambio eseguito da una delle parti; idea della *res* o controprestazione (*lato sensu*), cui venne poi equiparata quella della dazione di una contropromessa.

Ma quel passaggio attraverso le *forms of action,* la mentalità formalistica delle corti di *common law* e certe idee e costumi particolari a quel popolo, lasciarono una profonda impronta e determinarono caratteri peculiari di questo contratto di scambio fra una *res* e una promessa, e poi fra due promesse.

Sopratutto profonda è l'impronta lasciata da quella *form of action* che è l'*assumpsit* (21) a conferma del famoso detto di Maitland: «Noi abbiamo sepolto le *forms of action,* ma esse ancora

---

stesse vie, quasi naturali, o con lo stesso ciclo del diritto romano e del primo nostro diritto medievale. E cioè: dalle azioni penali e delittuali (ivi compresa l'azione per dolo, *deceit* nella *common law*) all'azione in restituzione del *datum* o del *quid pro quo,* fino ad un'azione contrattuale, di carattere incerto al suo primo sorgere (v. sopra § 1 *sub b*).

Ciò che distingue il diritto romano dalla *common law* è il sistema delle azioni: fondato il primo sul tipo e quindi più rigido, col conseguente tardo riconoscimento del contratto non tipico (v. sopra § 2 nota 1); fondata, la seconda, sulla persistenza e lo sviluppo di un'azione di origine delittuale (l'*assumpsit*), apparentemente tipica, ma in realtà assai elastica e tale da permettere *subito* il riconoscimento di qualsiasi contratto, anche il più atipico (v. *infra* § 30 e 33). La categoria del contratto innominato resta così sconosciuta alla *common law.* Anche il nostro diritto medievale, fondato sull'idea del contratto reale di scambio o del *quid pro quo,* presenta quest'ultimo carattere: v. sopra § 3 *sub a* note 3 e 4 (v. su ciò e sulla «causa» nel senso romano, Anson, *Contracts,* p. 14 e altri autori cit. *infra* § 33 nota 2 bis).

Tuttavia certe situazioni fra il contrattuale e il non contrattuale trovano tutela anche nel diritto romano mediante l'*actio in factum,* azione, nel caso, di carattere ambiguo fra l'*actio aquilia* e il rapporto contrattuale, e che, da questo punto di vista e in simili casi, rappresenta l'analogo dell'*assumpsit.* Cfr. il titolo del Digesto, 19, 5 *De praescriptis verbis et in factum actionibus,* specialmente il frammento 23, pel cui commento rinviamo a quanto ne diremo nel Vol. II a proposito del caso Bainbridge v. Firmstone.

(21) E' comune fra gli autori di *common law* l'accentuazione dell'*assumpsit* e della concezione che le sta a base, come tratto caratteristico del sistema contrattuale inglese rispetto a quello di *civil law*: cfr. per tutti, Anson, *Contracts,* Parte I, cap. I, § 2, pag. 14 segg. e citazioni ivi in nota a p. 14.

ci dominano dalle loro tombe» (*The forms of action at Common law,* Cambridge, 1948, Lecture I, p. 2).

Mentre la concezione del contratto, almeno del contratto di scambio, nella *civil law* si svolge dalla primitiva concezione del contratto di scambio per una *res data* (o scambio nel senso comune), la *common law,* per via dell'*action of assumpsit,* strettamente imparentata con un'azione delittuale, è portata tosto ad accentuare il *detriment,* subito dal promissario a richiesta del promittente, e a considerare questo *detriment,* sacrificio o limitazione di libertà, come oggetto di scambio (forse per rispettare formalmente la cennata comune idea del *contractus* come scambio) (22).

Anzi, secondo alcuni autori, il concetto di *consideration* si ridurrebbe a quello del *detriment* pel promissario anche nel caso di un *benefit* pel promittente (23); e un puro *benefit,* senza sacrificio del promissario, non sarebbe sufficiente (v. nota 23).

Questa concezione sposto di colpo il nostro punto di vista nella nozione di scambio e quasi ci disorienta: come pel caso in cui ti prometto 1000, se tu non fumerai o prometterai di non fumare, se terrai una buona condotta, se farai un viaggio di piacere, ecc. (v. nel Vol. II i casi Hamer v. Sidway, Devecmon e altri del genere).

La promessa è dunque il prezzo che si deve pagare per aver *causato,* richiedendolo con la promessa stessa, un sacrificio alla controparte. La responsabilità del promittente si fonda, e qui riaf-

(22) E' ben vero che anche nella *civil law* si fa strada il concetto di un contratto a titolo oneroso, in cui ciò che rileva per l'onerosità è il sacrificio subito dal promissario, più che il vantaggio trattone dal promittente (v. sopra § 10 nota 2 e § 13 *sub b*). Ma, a parte che trattasi in genere del concetto di un sacrificio *patrimoniale* (v. sopra § 10) e non di quello di una generica limitazione della libertà, quel concetto viene posto per distinguere il contratto a titolo oneroso dalla donazione (§ 10) e non per considerare il caso come un contratto di « scambio » in senso proprio.

(23) Cfr. fra gli altri, POLLOCK, *Contracts,* p. 133. *Contra*: FIFOOT, *History and Sources* (cit. sopra alla nota 1, bibliografia), p. 396; WILLISTON, *Contracts,* § 102 e autori *ivi* e § 131. Puro *benefit,* secondo WILLISTON, sarebbe la *consideration* che non proviene dal promissario (v. *infra* nota 26) e quella consistente nell'esecuzione di un dovere preesistente verso un terzo (v. *infra* § 30 nota 5).

fiora l'originaria concezione delittuale, su questo rapporto di causalità *voluto* fra la promessa e il sacrificio del promissario, il quale appunto, sacrificandosi o limitandosi la sua libertà, ha agito *upon the strength of the promise,* sotto la pressione della promessa (v. il caso Hamer v. Sidway nel Vol II). O, se si vuole, si fonda su quel particolare affidamento (*reliance*) di chi, fidando in una promessa, compie quanto gli è richiesto nella promessa stessa, e sia pure il semplice fatto di dare una contropromessa che già di per sè, come fatto, significa fare ciò che non si è tenuti a fare, impegnare la propria parola o personalità (anche soltanto come *gentleman*), laddove si era liberi di non impegnarla, e limitare così la propria libertà di azione e di affari. Il termine sacrificio o *detriment* si sviluppa dunque nel senso di limitazione della libertà, di privazione di qualcosa *al momento del contratto,* e non più nel senso di un danno verificatosi dopo la promessa e a seguito di questa, come nell'originaria *action of assumpsit* (v. CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts,* p. 53-54). Soltanto in quel primo senso è giusto dire che il *benefit* conferito dal promissario è ancora un *detriment* per lui (v. nota 23).

La responsabilità del promittente, secondo questa mentalità, non si fonda sull'aver promesso, sull'aver voluto obbligarsi, destando nell'altra parte quell'affidamento *generico* che deriva dalla comunicazione o anche dall'accettazione (v. § 6 e 17) della promessa. Che è invece la concezione, sulla base della quale, e secondo la nostra mentalità, si è svolta nella moderna *civil law* l'idea del contratto come *stipulatio* non formale (v. § 6), sia pure rivestita di certi *vestimenta* (v. § 10 segg., specialmente § 24).

L'influenza di quella concezione del contratto non mancherà di manifestarsi variamente nella *common law*. L'idea che la responsabilità del promittente deriva non tanto dall'aver promesso, quanto dall'aver *causato,* richiedendolo, un sacrificio, una limitazione di libertà, esprime una concezione assai severa della responsabilità. Aiutata, nel suo sviluppo, da certi atteggiamenti formalistici medievali, dall'esigenza di certezza, dalle concezioni medievali e poi

puritane (24) della responsabilità, plasmata nelle corti di stretto diritto (in contrapposto a quelle di *equity*), cui era riservata la materia dei contratti, quella concezione della responsabilità si manterrà. Essa si svilupperà anche nel senso che non si deve aver riguardo all'importanza, valore o proporzione del sacrificio del promissario, ma al fatto che il promittente lo ha richiesto e determinato mediante la promessa: il valore o importanza del sacrificio è affar suo. « Hai richiesto, hai voluto quel sacrificio: dunque paga ». Ecco il ragionamento (v. anche *infra* § 30 sull'*adequacy of consideration*). Su questa linea sarà anche facile ammettere qualsiasi contratto, anche il più atipico; anzi, in certo senso, tutti i contratti si presenteranno « senza tipo », come promesse richiedenti e causanti un sacrificio (v. anche nota 20 e § 33). E su questa linea pure, in unione ad altri fattori, si svilupperà e si manterrà uno dei tratti caratteristici della *common law* (comune, del resto, anche al nostro diritto medievale), e cioè il superamento del problema della *cause suffisante* e della donazione *cum onere* (25), anche quando l'onere si presenti come un mero sacrificio, non patrimoniale, una mera limitazione della libertà del donatario (v. sopra § 10).

Alla suaccennata concezione del contratto è connessa anche la regola che la *consideration* deve provenire dal promissario e non da un terzo (26).

---

(24) Cfr. su questo punto, POUND, *The spirit of the common law* (1921), ristampa, Francestown, 1947, specialmente cap. I, II, IV e V.

(25) S'intende, parlo della donazione obbligatoria o di quella reale compiuta senza un atto formale di *transfert* o senza la consegna (ove questa vale a perfezionare la donazione), chè altrimenti la donazione, con o senza oneri, vale in quanto perfetta. V. *infra* § 38 sul *transfert*.

(26) Cfr. anche *infra* § 29 nota 2 e § 35 nota 13. Tae regola non concerne la nullità del contratto a favore di terzo (pur proclamata in linea di principio nella *common law*, salvo eccezioni assai limitate in Inghilterra e molto estese negli Stati Uniti: v. *Report* del *Law Revision committee* inglese cit. n. 41 e *Restatement* americano sui *contracts* § 133 segg.). Invero, nel caso della suddetta regola, terzo non è il promissario (appunto perchè il promissario non è terzo), ma colui che fornisce la *consideration*. Cfr. CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts*, p. 58 - 59; il *Report* testè citato n. 37 e WILLISTON, *Contracts*, § 114. La netta tendenza negli U.S.A. è di abbandonare quella regola (v. WILLISTON, loc.

Per ben intendere la concezione del contratto nella *common law,* in relazione a quanto sopra si è detto, convien tener presente il fatto che la materia dei *torts* e dei *contracts* (quella che noi chiameremmo materia delle obbligazioni) fu una riserva delle Corti di *common law* in contrapposto a quelle di *equity* (le quali poterono intervenire soltanto in via eccezionale), cioè di quelle corti che professavano il diritto stretto o formale, possibilmente di pura marca inglese, e cercavano di sottrarsi alle influenze del diritto canonico e del cosidetto diritto romano, accolti nelle Corti di *equity,* e altresì alle influenze del contiguo giusnaturalismo (v. anche sopra § 25 *sub b*).

Da questo punto di vista, il diritto inglese delle obbligazioni rappresenta uno sviluppo, con caratteristiche nazionali, del diritto laico medievale.

§ 27.

La *reliance* non dipendente da un *bargain* o da una *request* del promittente.

a) *Le recenti correnti della common law.*

Come s'è accennato al § 26 *sub d,* specie nota 16, la *consideration,* come *detriment* del promissario, deve essere stata effettivamente domandata dal promittente, deve, cioè, essere stata l'oggetto di un *bargain.*

Conseguenza: non sorge un'obbligazione *contrattuale* nel caso in cui il promissario, fidandosi (*relying*) sulla promessa, compie un atto o tiene un contegno che gli cagiona *detriment,* ma che non è stato domandato dal promittente. E ciò anche se questo contegno era ragionevolmente prevedibile al momento della promessa.

---

cit. e Restatement cit. § 75). Ma questa tendenza, come ben notano Cheshire and Fifoot, implica un cambiamento nella tradizionale nozione del *contract* propria della *common law.* Il promissario non sarebbe più la parte di un *bargain,* colui che si priva di qualche cosa per un *bargain* e che, così facendo, compie l'*acceptance* (v. *infra* § 29 nota 2).

Ad esempio: prometto (senza l'*act under seal*) 10.000 ad una Università, che sulla base di questa promessa si impegna in progetti di ampliamenti, di nuovi istituti e magari li esegue in tutto o in parte (contegno ragionevolmente prevedibile, ma non posto come condizione o *consideration* della promessa).

Vi potrà essere magari un rimedio, ma non di carattere contrattuale, quando appunto nel contegno del promittente si possa ravvisare un *tort*.

Tuttavia, l'ingiustizia, cui in certi casi può dar luogo questa soluzione, è sembrata assai grave a molti giudici di *common law*. Talchè certe correnti moderne, specialmente americane, tendono a vedere una fonte di obbligazioni in promesse del genere, accompagnate da una particolare *reliance*.

Il § 90 del *Restatement* americano sui *Contracts* così riassume questa corrente giurisprudenziale: « Quando il promittente dovrebbe ragionevolmente attendersi che la sua promessa induca il promissario ad un'azione o astensione di carattere definito e di considerevole importanza (*of a definite and substantial character*) e in quanto in fatto la promessa induca il promissario a ciò, la promessa stessa è vincolante, se un'ingiustizia può essere evitata soltanto mediante la sanzione giuridica (*enforcement*) della promessa » (1).

(1) Per gli esempi, cfr. le *Illustrations* del § 90 del *Restatement* americano: WILLISTON, *Contracts*, § 139 e giurisprudenza ivi; PAGE, *Consideration: genuine and synthetic* (cit. nella nota bibliografica al § 26), p. 499 segg. Il grande giudice americano Cardozo contribuì a rafforzare questa corrente.

Ecco alcuni casi, decisi dalla giurisprudenza:

a) Promessa di non agire per un certo tempo sul fondo ipotecato, quando il proprietario del fondo stesso, in *reliance* della promessa, vi fa dei miglioramenti.

Promessa, da parte del debitore, di non eccepire a suo tempo la prescrizione, quando il creditore, benchè non richiesto di astenersi dall'agire, ha tralasciato di agire in tempo.

Promessa, da parte di un acquirente di un fondo venduto per esecuzione forzata, di non eccepire la decadenza del diritto di riscatto spettante al debitore esecutato, quando questi in *reliance* abbia lasciato trascorrere il termine di decadenza.

Dato il fondamento dell'azione, ci si dovrebbe aspettare che il rimedio di giustizia consista nella riparazione delle perdite subite e delle spese fatte dal promissario, cioè del sacrificio subito *in reliance on the promise* (interesse negativo), più che nel risarcimento del pieno valore della prestazione promessa, in relazione anche ai legami di quest'azione con l'*assumpsit* (v. sopra § 26 note 5 e 16bis). Ma nei più recenti *cases* si è avuto uno sviluppo dell'azione in questo secondo senso strettamente contrattuale (1 bis).

Comunque, l'azione, più o meno limitata nel suo oggetto, è contrattuale. Tuttavia il suo fondamento non sta soltanto nella

---

Il WILLISTON, *loc. cit.*, osserva che in tutti questi casi non si tratta di creare un'azione, ma di concedere un'eccezione sulla base della promessa o di negare un'eccezione (v. anche *infra* nota 2).

b) *Charitable subscriptions*, cioè sottoscrizioni a favore di un'opera di beneficenza, un'università, ecc. (v. sopra nel testo).

c) Promessa da A a B di pagargli un'annua rendita, quando B, in *reliance*, abbandona un proficuo impiego, mentre A doveva aspettarsi che B avrebbe potuto far ciò. B riceve qualche annualità, diventando nel frattempo inidoneo (*disqualified*) per riottenere un buon impiego.

d) Promessa ad un fidanzato di fargli un *settlement* in *occasione* del suo matrimonio, che poi ha luogo, benchè non sia stato richiesto come *consideration* o, comunque, benchè tale matrimonio non costituisca una *consideration*, per essere il promissario già impegnato a compierlo a seguito del fidanzamento (cfr. il caso De Cicco v. Schweizer, 1917, 221, N.Y. 431, giudice Cardozo, e altri casi).

e) Concessione di un diritto personale (*license*) di divertire un corso d'acqua o altre simili concessioni di uso di beni immobili, quando il concessionario abbia «*seriously changed*» la sua posizione sulla fede della promessa (cioè abbia fatto miglioramenti, investito capitali, ecc.).

f) *Gratuitous promise* di trasferire un fondo, la quale viene *specifically enforced in equity*, quando e soltanto quando il promissario ha ricevuto il possesso del fondo e vi ha fatto miglioramenti (ma su questo caso v. nota 3).

Viceversa, se A promette a B 5000 dollari, sapendo che con essi B desidera acquistare un certo fondo, e B, da ciò indotto, si assicura, *senza corrispettivo*, un'opzione sul fondo stesso, la promessa non è vincolante, cioè può essere revocata.

(1 bis) Cfr. CORBIN, *Cases on Contracts*, cit. al § 26 nota 16bis.

Non si tratta perciò di un caso assimilabile alla nostra *culpa in contrahendo*. Anche a prescindere dal genere di danno risarcibile, la promessa è considerata qui come valida fonte di obbligazione.

promessa, ma anche in uno di quei *vestimenta* di cui, per la *civil law,* abbiamo fatto cenno sopra al § 14 *sub e* note 24 e segg. Talchè, se la situazione, rappresentante quel *vestimentum,* può dar luogo ad altra azione che rimedi all'ingiustizia, l'azione contrattuale cessa. Non v'è *consideration,* perchè il *detriment* non è richiesto; nè v'è quell'affidamento o *entrusting* di persona o di beni che dava luogo alla primitiva *action of assumpsit* (v. sopra § 26 *sub* a e questo § 27 *sub b*).

Molto spesso, tuttavia, non si tratta di un'azione, ma di una eccezione o difesa (v. note 1 e 2). Interessante analogia con certi patti pretori del diritto romano che, per ragioni di giustizia, davano luogo ad un'*exceptio!*

Si è parlato anche di un *promissory estoppel,* ma impropriamente (v. *infra* nota 3).

Questa corrente ha trovato seguito anche in Inghilterra, dove una riforma in certo senso analoga è stata proposta nel *Report del Law Revision Committee* 1937 n. 40 cit. sopra § 26, nota 1; e dove recentemente è stata adottata per spiegare le decisioni di certi casi in cui non v'era *consideration* in senso proprio e anche per applicare nettamente la « *doctrine* » ad altri casi (2).

---

(2) Cfr. DENNING (un giudice, assai spinto verso questa corrente innovatrice, nella *Court of Appeal* di Londra), *The Changing Law,* London, 1953, pag. 58-59, ov'egli ne dice, citando precedenti autori: « Espressa in termini moderni la proposizione suona nel senso che una promessa è vincolante (giuridicamente), se il promittente intese che essa lo fosse e che il promissario agisse sulla base della promessa stessa, ed inoltre se il promissario ha in fatto agito su tale base (*Stated in modern form the proposition is that a promise is binding if it was intended to be binding, intended to be acted upon, and has in fact been acted on*) ». Dello stesso Lord Denning, v. *Recent developments in the doctrine of consideration,* in *The Modern law Review,* 1952 pag. 1 segg.

Su questa tendenza di Lord Denning, v. anche POLLOCK, *Contracts,* p. 152-153 (aggiunta di Winfield); CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts,* p .74 segg. e *cases* e autori ivi cit.

Sotto quest'ultimo profilo Lord Denning spiega certe decisioni già adottate e ne vuol fondare altre: così pei seguenti casi:

a) L'apertura di un credito confermato contro documenti da parte della

Ma la corrente è tutt'altro che incontrastata, non soltanto in Inghilterra, ma anche negli Stati Uniti; le critiche sono forti e v'è chi preferisce attenersi al concetto classico della *consideration,*

---

banca a favore del venditore (il quale non dà alla banca alcuna *consideration,* data, se mai, dal compratore). Col deposito dei documenti presso la banca, il venditore mostra di aver *acted on the promise* della banca. Caso discusso e discutibile: v. *infra* § 35 sub c.

b) La promessa di accettare una *qualsiasi* offerta nella messa all'asta *without reserve* (senza riserva di non accettare un'offerta qualunque e così senza riserva di poter ritrattare la messa all'asta dopo una simile offerta). Chi si reca all'asta e fa quell'offerta non dà alcuna *consideration* per la detta promessa, ma mostra con ciò di aver *acted on it.* La validità di tale promessa è fuori discussione. (Sulla messa all'asta *without reserve* cfr.: ANSON, *Contracts,* p. 51 segg.; POLLOCK, *Contracts,* p. 11, 13 e 14; WILLISTON, *Contracts,* §§ 29-31).

c) Promessa da parte di un commerciante di automobili (*autodealer*) a un cliente che un automobile è in buono stato, quando, sulla base di tale promessa, il cliente l'acquista a rate attraverso una *finance company* che non dà alcuna garanzia pei difetti. L'*auto-dealer,* benchè faccia una promessa interessata (v. sopra § 16), non riceve per essa alcuna *consideration,* ma il cliente *has acted on the promise.*

d) Promessa di un *settlement* ad un fidanzato in occasione del suo matrimonio (v. nota 1 *sub d*).

e) La fideiussione per un debito già esistente, quando il creditore, pur senza esserne richiesto, di fatto si astiene dall'agire per un certo tempo (v. anche *infra* nota 3 *sub b*).

f) La modificazione o la remissione di un'obbligazione contrattuale, quando l'altro parte, anche senza subire un vero *detriment,* abbia agito sulla fede di essa.

In molti di questi casi si è parlato di una *implied request* in realtà insussistente (LORD DENNING, in *The Modern law Review,* 1952, cit., p. 1-2).

Per questa via, aggiunge Lord Denning, si apre una soluzione del problema dell'*option;* l'opzione, come «*logica* conseguenza» dei casi summenzionati, dovrebb'essere irrevocabile, quando quegli, cui è concessa, *has acted on the faith of it.* Caso, questo, quanto mai discusso: v. *infra* § 35 sub c.

Si noterà come questa corrente riformatrice inglese, anche se seguisse la spinta di Lord Denning, sia diversa da quella americana: fino a che punto le due correnti si avvicinino si vedrà dai futuri sviluppi, se ci saranno. In certi casi, se la concezione della *consideration* è quella legalistica o tecnica di una semplice condotta a richiesta del promittente, si potrebbe perfino dire che tale *consideration* sussiste: ad esempio, pel caso *sub a,* nel fatto di depositare i documenti; pel caso *sub b,* nel fatto di recarsi all'asta a fare un'offerta (per una concezione assai spinta della *consideration* nel caso di una promessa di fornitura: «ti venderò

come più sano e più sicuro al fine di stabilire quando una promessa debba essere *enforced* (3). La giurisprudenza è tutt'altro che consoli-

---

se mi farai richiesta del tuo fabbisogno », v. il caso Great Northern Railway Co. v. Witham, 1873, cit. *infra* al § 35 nota 9).

Su questa base, Lord Denning osserva che *l'acting on the faith of the promise* può anche non costituire un *detriment* in senso proprio (su questo sviluppo del concetto di *detriment*, v. sopra § 26 in fine).

(3) Cfr. per la giurisprudenza, WILLISTON, op. cit., § 139. Per un'ampia critica, v. PAGE, *Consideration: genuine and synthetic* (cit. nella nota bibliografica al § 26). In sunto la critica del Page è la seguente:

a) Non si può argomentare dall'*estoppel*, che concerne non una promessa, ma uno *statement of facts*, contro il quale non può andare chi l'ha fatto. V. anche WILLISTON, *Contracts*, § 139; CHESHIRE and FIFOOTS, *Contracts*, p. 75 e *cases* ivi, che accolgono come più adatta la terminologia *quasi-estoppel*. Si tratta dell'*equitable estoppel* nato nelle *Courts of equity*. Sul vero e proprio *estoppel* v. CHESHIRE and FIFOOT, *op. cit.*, pp. 245-248 e 450-451 e *Report* del *Law Rev. Comm. inglese* cit. n. 40.

b) Il requisito che il promittente « *should reasonably expect the promisee to rely upon a gratuitous promise* », continua il Page, è troppo vago, nel senso che una certa *reliance* v'è sempre. Fino a che punto la *reliance* dev'essere « *definite and substantial* »? Quanto più *definite and substantial* essa diventa, tanto più essa tende a divenire una vera e propria *consideration* richiesta in modo più o meno espresso (molti dei *cases* addotti concernono una vera *consideration* in questo senso, specie in tema di *charitable subscriptions*, o difideiussione data per una dilazione più o meno espressamente richiesta o la cui richiesta si poteva facilmente presumere). E il fornire questa *consideration* non è un qualcosa fatto « *in justifiable reliance upon the promise* »?. D'altro lato, quanto meno *definite and substantial* è l'atto del promissario, tanto più la promessa diviene una *gratuitous promise*.

c) Le sentenze che hanno fatto ricorso al c.d. *promissory estoppel* lo hanno in realtà molto spesso invocato come motivazione accessoria o *obiter dictum*, là dove sarebbe bastato il criterio di una sussistente *consideration*. E si tratta di casi (come le *charity subscriptions*) in cui, non rappresentando la pur sussistente *consideration* un *benefit* economico pel promittente, si è dato rilievo nell'*obiter dictum* al *motivo* del promittente stesso, il che è contrario a tutta la concezione contrattuale della *common law* (v. § 30).

d) Alcuni casi, più che sul c.d. *promissory estoppel*, si fondano sul c.d. *equitable estoppel* (v. *sub a*) per riparare ad una ingiustizia grave (v. il caso menzionato a nota 1 lett. *c*, quando, per di più, come risultato, si avrebbe la diseredazione del promissario, mentre il promittente, mediante la promessa, intendeva mantenere l'eguaglianza fra i figli che non voleva lavorassero). Ma si tratta di casi assolutamente eccezionali di urtante durezza del diritto, quando

data e, comunque, essa si riferisce in realtà a casi o situazioni determinate di *reliance,* più che ad un principio generale e astratto.

Certo si è che quest'ampliamento del concetto della *reliance,* anche se può rappresentare uno sviluppo dello spirito animatore dell'*assumpsit* (v. § 26 *sub e*), costituirebbe, qualora si consolidasse, un profondo rivolgimento nella concezione tradizionale del *contract* di *common law.* Si avrebbe, in realtà, un altro schema di *contract,* profondamente diverso dai due schemi tradizionali, la forma e il *bargain.* Ne basti osservare che, secondo quel concetto, la promessa sarebbe valida, al momento in cui è *acted upon,* indipendentemente dall'*acceptance* che è, in certo senso, la base dell'obbligatorietà della promessa nella *common law* (v. infra § 29). Una simile promessa, anche se interessata, dovrebbe classificarsi, a stretto rigore, fra le *gratuitous promises* (v. *infra* § 28). Infatti l'*acting upon the promise* o il *detriment* del promissario, non essendo richiesto dal promittente, non potrebbe costituire un'*acceptance,* una *response to the offer* (v. § 29 nota 1). Nè varrebbe, a rendere valida e irrevocabile tale promessa, una semplice accettazione nel senso

---

il promissario è stato tratto in inganno nel credere che la promessa aveva una valida *consideration.*

e) Quanto ai casi menzionati sopra a nota 1 lett. f, si tratta più che di una promessa, di un *gift* quasi eseguito (*completed*) col trasferimento del possesso, cui l'*equity* concede l'esecuzione in forma specifica col trasferimento della proprietà, per risolvere il contrasto fra *equitable interest* e *legal interest* (v. *infra* § 38 sul *transfert*; cfr. anche WILLISTON, *Contracts,* § 139).

CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts,* p. 77, 83 e 85, pure criticano l'estensione della nuova *doctrine* oltre i casi in cui essa serva a fondare una eccezione o difesa. E, a p. 83 nota 4, sulla scorta di *cases* ivi cit. osservano, quanto alle *charitable subscriptions,* che *l'equity,* per soddisfare il requisito della *consideration,* ha spesso dedotto dalla condotta e dalle parole delle parti l'esistenza di reciproche promesse. E aggiungono (p. 84-85) che non sono molti i casi di *business-promise* in cui il requisito della *consideration* non sia automaticamente soddisfatto; mentre per le *charity* l'uomo medio sottoscrittore pensa di assumersi soltanto un impegno sociale. Il criterio della prevedibilità del *detriment in reliance,* adottato per sanzionare giuridicamente la promessa, fa spesso violenza al reale intento delle parti.

Cfr. per le critiche, anche HAMSON, *The reform of consideration* (cit. in nota 1 al § 26).

della *civil law* (v. sopra § 17); la promessa diverrebbe irrevocabile soltanto quando il promissario ha *acted on it* (un *acting* che, per le ragioni dette, non è accettazione), e la sua semplice accettazione prima di questo momento non servirebbe a nulla.

Ma, a parte queste critiche, la nuova concezione della *reliance* rappresenta un grande tentativo di porre in modo aperto e chiaro un nuovo schema elastico e « innominato », cioè capace del più vario contenuto, accanto agli schemi tradizionali della forma e dello scambio (tradizionali non soltanto nella *common law*), là dove non soccorre un'azione delittuale o extracontrattuale o dove l'ammissibilità di questa è dubbia. E, ciò che è altrettanto interessante, si tratta di un tentativo di fondare quello schema su un *concreto* senso della giustizia, su un *concreto* affidamento del promissario consistente in un *substantial detriment,* e non su certe vaghe e generiche concezioni, piuttosto astratte e spesso campate in aria, quali:

— il nostro concetto di promessa accettata, il cui valore giuridico (sanzione) sarebbe fondato sulla volontà o autonomia del promittente con l'inerente impronta giusnaturalistica (v. sopra § 6);

— le nostre concezioni della tipicità e della funzione economico-sociale del contratto (v. § 14 *sub d,* § 19 e 20 *sub a*);

— la nostra stessa concezione della *cause juste,* tanto incerta e vaga, e spesso sottintesa o sottaciuta dai nostri giudici (v. § 14 *sub e,* § 14 bis e 20 *sub b*) (3 bis);

— la nostra stessa concezione delle promesse interessate, anch'essa vaga e non sempre sufficiente a soddisfare le esigenze della giustizia (v. sopra § 16).

La cennata concezione della *reliance,* qualora fosse apertamente e con opportuni adattamenti (4) introdotta nella *civil law,*

(3 bis) Nel § 90 del *Restatement* americano sui *contracts* e nelle analoghe correnti inglesi rientrano infatti anche le promesse di ricevere in deposito, di dare a comodato, di fare un trasporto gratuito e di altri servizi a titolo gratuito (v. sopra § 14 *sub e*), quando si presentino gli estremi richiesti dal § 90 (o analoghe *doctrines*: v. *infra* note 18 e 30).

(4) Non si potrebbe, cioè, da noi distinguere fra *consideration* (*executed*)

potrebbe costituire un rimedio per riparare l'ingiustizia e la violazione della fede data in molti casi, in cui chi ha promesso di dare o anche ha dato (5) dei beni, imponendo più o meno espressamente qualche onere all'altra parte, cerca poi di sottrarsi all'impegno o di riprendere quanto ha dato, adducendo la mancanza della forma dell'atto notarile (6). La giurisprudenza della *civil law*, specialmente quella francese, è stata costretta, per riparare l'ingiustizia in simili casi, a ricorrere a delle finzioni o espedienti, quali: la presunzione di un intento esclusivo di scambio, la teoria della causa principale e della causa secondaria (v. § 10 *sub c* e nel Vol. II Casistica i casi testè citati a nota 6), o addirittura la concezione della donazione come *puro* spirito di liberalità, espediente questo ancor più contrario alla nostra concezione legale della donazione (v. § 9, note 4 e 10). Nella realtà, quella giurisprudenza si è fondata sul motivo sostanziale, spesso sottaciuto o lasciato fra le quinte, che il promissario aveva eseguito l'onere e subito un grave sacrificio (v. § 10 *sub e*; § 17 e vol. II).

Si può certamente discutere se dei criteri elastici, come quelli di grave o notevole pregiudizio (*substantial detriment*), di ingiustizia da riparare o simili, siano consoni alla nostra mentalità e allo spirito dei nostri giudici. Ma, se questi *di fatto* fondano le loro decisioni su simili criteri, non si vede perchè non lo possano fare *apertamente* e in modo da fondare una coerente giurisprudenza.

Ma prima di arrivare a questo punto e di poter trarre qualche

---

e *reliance* nel senso del § 90 *Restatement* americano; ma anche la prima dovrebbe, nella *civil law*, considerarsi sotto l'aspetto della seconda.

(5) Quanto agli immobili, il « dare » o « *transfert* » non valido ai fini della « donazione », consiste nel trasferire la proprietà e magari anche il possesso senza la forma dell'atto pubblico; e consiste in questi stessi atti anche pei mobili nel diritto italiano che non ammette la validità della donazione manuale in genere (v. § 38 sul *transfert*).

(6) V. nel vol. II, Casistica, i casi: Ville de Marseille e altri che lo seguono; Carrari-Masiero e altri ivi riferiti. Nè si tratterebbe di casi di *culpa in contrahendo* per aver fatto credere nella validità della promessa o *transfert* non formale (obblig. di risarcire l'interesse *negativo* a chi ha eseguito e per aver eseguito l'onere): v. sopra nota 1 bis.

utile insegnamento per la *civil law* da questa recente corrente della *common law,* conviene attendere e vedere se e in qual modo essa si stabilizzerà e si consoliderà su certe direttive.

E' interessante anche notare come la cennata recente corrente della *common law* si richiama, a confermare il valore della tradizione e della continuità di sviluppo del diritto, allo spirito animatore di una vecchia azione medievale, l'*assumpsit,* sviluppandolo e adattandolo ad un più raffinato senso della giustizia (7). Adottando su larga scala il principio per cui una promessa vale se « *intended to be acted upon and in fact acted on* », si viene a porre rimedio a quasi tutti gli inconvenienti seri del rigido schema del *bargain* (v. *infra* § 35 *sub c*) e la responsabilità sulla base di una promessa viene molto estesa (8).

b) *Bailment, agency ,trust, e altri gratuitous undertakings.*

Come s'è accennato (§ 26 *sub d* in fine), la *common law* ha sanzionato il *bailment,* l'*agency* e l'obbligazione del *trustee,* anche quando essi costituiscono vere e proprie *gratuitous promises,* senz'alcuna *consideration* o *bargain.* Questo discorso s'intenderà meglio tenendo presente che la *common law,* quanto al requisito della forma o del *bargain,* non distingue fra obbligazioni di dare o di fare a titolo gratuito (v. *infra* § 28 *sub b*).

Il *bailment* è una situazione che va al di là del caso del nostro deposito e che può anche essere determinata da rapporti non convenzionali, per quanto il caso più comune sia quello di una convenzione (deposito, comodato, trasporto, locazione di cose o di opere con consegna di una cosa, pegno, mandato con consegna di una cosa ecc.: WILLISTON, *Contracts,* § 1033). Il rapporto del *bailment,* come quello dell'*agency* e del *trust,* non è necessariamente convenzionale.

(7) Cfr. WILLISTON, *Contracts,* § 139 e il *Report* del *Law Revision Commmittee* inglese cit. sopra al § 26 nota 1; DENNING, *The Changing law,* cit., p. 58 e autori ivi citati; CORBIN, *Cases on contracts, cit.* al § 26 nota 16 bis, p. 376-377.

(8) Cfr. WILLISTON, *Contracts,* § 139.

Nel caso di un *bailee* promittente, che riceva in custodia la cosa senza un compenso (l'equivalente del nostro deposito a titolo gratuito e simili), l'obbligazione del *bailee* di custodire la cosa non ha una *consideration*. Ogni tentativo di trovare questa *consideration* si risolve in una finzione. Così è della concezione, assai diffusa, che la *consideration* consiste nel fatto che il *bailor* si priva del possesso e del controllo sulla cosa affidata e così subisce un *detriment* (9). Ove è facile ribattere che tale privazione di possesso avviene di solito su richiesta dello stesso *bailor*, per un suo *benefit* e senza alcun *benefit* pel *bailee*, cioè senza un *bargain* (10). Per l'obbligazione del comodatario v. nota 34.

Analoghe osservazioni possono farsi per l'*agency* e pel *trust* nel caso del nostro mandato a titolo gratuito, ove la *consideration* si è voluta trovare nel *detriment* che il mandante subisce pel solo fatto di permettere ad altri di agire come suo *agent* o *trustee* (11).

Probabilmente, non v'è altra spiegazione se non quella che la responsabilità del *bailee* e dell'*agent* gratuiti si fonda su una parti-

---

(9) Cfr. POLLOCK, *Contracts*, p. 140; HOLMES, *The Common law* (cit. al § 26 nota 1), p. 196-197; ANSON, *Contracts*, p. 112-114 e citaz. ivi.

(10) V. appunto: POLLOCK, *op.* e *loc. cit.*, che conclude per la finzione; WILLISTON, *Contract* § 138; CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts*, p. 65-66, (per l'idea di un rapporto *sui generis* fuori della teoria del contratto).
HOLMES, *op. cit.*, p. 181 segg., spiega tale anomalia storicamente col fatto che l'azione fino a tempi assai recenti aveva carattere delittuale (come all'origine nel diritto romano e in quello medievale: v. sopra § 1 *sub. b*).

WILLISTON, *loc. cit.*, e § 1013 e 1038 ritiene che nel *gratuitous bailment*, come in altri *gratuitous undertakings*, non v'è una relazione contrattuale, anche in quanto la *misura* della responsabilità non dipende dal quanto o dal come si è promesso, ma da considerazioni estranee (che arieggiano la nostra *cause juste* in promesse analoghe: v. sopra § 14 *sub e*). (Su tutto ciò v. *infra nota* 17).

(11) V. autori sopra citt. e SALMOND, *Jurisprudence*, § 124.

Naturalmente, quando effettivamente il *bailee* o l'*agent* hanno *chiesto* rispettivamente il possesso o il potere di trattare l'affare, per un loro interesse qualsiasi, si potrà dire che vi è un *bargain*, e applicare le regole più severe sulla responsabilità (v. WILLISTON, § 138). Ciò che, del resto, avviene anche nella *civil law* pel caso di deposito o di mandato convenuti anche nell'interesse del depositario o del mandatario (v. art. 1928 e 1992 c. civ. francese; 1710 e 1768 c. civ. ital. e simili disposizioni di altri codici).

colare fiducia o *reliance* sulla loro promessa, che ha condotto all'affidamento di beni, di diritti o di un affare. A questa responsabilità, fra il contrattuale e l'extracontrattuale, ben si attagliava l'*action of assumpsit,* nelle sue prime fasi, la cui particolare situazione, come ben rileva Williston, consisteva « nell'assumersi (*undertaking*) di fare qualcosa e nell'aver recato danno all'attore inducendolo a fare affidamento su questo *undertaking* » (12).

La responsabilità di chi ha assunto questi gratuiti *undertakings* è valutata con minor rigore, cioè, usando un concetto non gradito agli autori di *common law,* il grado di diligenza richiesto è minore (13).

La concezione contrattuale del *bailment* e dell'*agency* gratuiti, tuttavia, è ben lungi dall'essere incontrastata, vedendovi molti una responsabilità extracontrattuale (v. autori citt. a nota 10 e ANSON, *op. cit.,* p. 112-113; v. anche nota 13 per la promessa di assumere una maggiore responsabilità).

---

(12) WILLISTON, *Contracts,* § 138; v. anche AMES, *The history of assumpsit,* sopra cit. al § 26 nota 1, p. 264.

La responsabilità si fonda su questo affidamento, tanto è vero che, come osservano CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts,* p. 65-66 nel caso Coggs v. Bernard (1703), il *Chief justice* Holt escludeva la responsabilità per una semplice promessa (gratuita) di trasportare o di ricevere in custodia senza l'elemento reale dell'affidamento (*trusting*) della cosa. Oggi tale semplice promessa potrebbe al massimo rientrare nel § 90 *Restatement* americano: v. sopra nota 3 bis e *infra* nel testo.

Si potrebbe osservare che per questa via la *common law* ha risolto il problema del trasporto gratuito come presa a bordo della persona o della cosa (*misfeasance,* v. sopra § 14 *sub d*). L'ha, cioè, risolto mediante l'idea di una responsabilità basata sul fatto oggettivo dell'affidamento della persona o della cosa (v. WILLISTON, § 138), se l'azione non avesse sempre un carattere incerto fra il contrattuale e l'extracontrattuale (v. § 14 nota 11).

(13) WILLISTON, *Contracts,* § 138 e citazioni ivi e § 1038. La regola sembra esser quella che si risponde soltanto per *gross negligence* o pel grado di *skill* di cui si fa professione. La promessa di usare un maggior grado di diligenza o di assumersi maggiori obbligazioni di quelle risultanti dal § 378. *Restat.* americano sull'*agency* richiederebbe una *consideration*: WILLISTON, *Contracts,* § 1038 e v. anche *infra sub c,* 3°. Quanto allo sfavore per la nostra concezione dei gradi di diligenza nella *common law,* cfr. WILLISTON, § 1038; PROSSER, *Handbook of the law of torts,* St. Paul, 1941, § 38.

Comunque, si tratta soltanto di una responsabilità per *misfeasance* e non anche per inadempimento della promessa di assumere la custodia o l'affare, cioè per *non feasance* (v. sopra § 26 *sub a* e il presente § *sub c*).

Questa concezione del deposito, o in genere assunzione di custodia, e del mandato gratuito, quanto all'affidamento, presenta una certa analogia con quella della *civil law,* ove pure è implicito che la responsabilità non si fonda tanto o soltanto sulla promessa, quanto sul c.d. elemento reale o sull'affidamento di un bene o di un affare (v. sopra § 14 *sub d*).

La *common law,* in quanto non ha avuto a disposizione l'astratta concezione giusnaturalistica del patto nudo e l'altra (pure assai astratta) del contratto tipico, ha messo in evidenza, più della *civil law,* quel fondamento.

Infine ,oltre alla *reliance* consistente nell'affidamento di una cosa o di un affare, vi può essere una *reliance* che consiste nel non fare qualcosa o nel non prendersi cura delle cose nostre, in quanto il promittente ha (gratuitamente) assunto di farlo per conto nostro. In questi altri *gratuitous undertakings* può farsi ancora rientrare, sotto un certo aspetto, il nostro mandato gratuito, quando non sussista un vero e proprio affidamento di un affare o non lo si consideri, comunque, sotto questo aspetto. Vi rientrano così i casi della promessa di rendere il semplice servizio di *nuncius,* di comunicare una disdetta, o la sospensione di un incarico dato ad altri, di recarsi a pagare con denaro già fornito un debito o un premio di assicurazione, ecc.; di progettare o dirigere un'opera, costruire una casa ecc.; di fare un trasporto (senza l'elemento reale della presa a bordo), di ricevere in deposito ecc.: cioè molti casi che stanno fra il mandato e la locazione di opera o di opere (gratuiti) (14).

---

(14) Cfr. ANSON, *op. cit.,* p. 113; e le *Illustrations* al § 378 *Restatement* americano sull'*Agency.* Ivi, quanto alla « condotta », si fa il caso di A che suole da cinque anni lasciare uno cheque a B, il quale con esso suole pagare ad una compagnia di assicurazione il premio dovuto da A, mentre vi si reca per pagare il premio dovuto da lui stesso, B. Vi si considera anche il caso di un deposi-

In tutti questi altri casi di *undertakings* gratuiti la concezione di una responsabilità contrattuale viene respinta ancor più nettamente che nei casi dell'*agency* e del *bailment,* benchè talvolta le Corti inglesi abbiano tentato, in qualche caso eccezionale, di fondare la responsabilità su una *consideration* come *detriment* o *benefit* oppure su una cosidetta *consideration of confidence* (v. nota 14). Si tratta in ogni caso, di una responsabilità per *misfeasance* o, al massimo, per abbandono colposo dell'opera già intrapresa, e non per *non feasance* (v. nota comparativa in appendice al presente § *sub c*).

Il *Restatement* americano sull'*Agency,* § 378, così riassume que-

---

tario a titolo gratuito che, dopo perfezionato il deposito, si assume, a spese del deponente, di assicurare la cosa (caso di mandato per noi: v. WILLISTON, *Contracts,* § 138 e giurisprudenza ivi).

L'assumersi di portare ad una messa all'incanto o ad una licitazione privata uno scritto contenente l'offerta (v. *Illustrations* cit.) sta in realtà fuori dal nostro mandato in senso proprio.

Più delicato il caso di chi dà consigli gratuiti, come nel celebre caso inglese De la Bere v. Pearson (1908) I, K.B. 280: assunzione da parte dell'editore di un giornale di dare consigli in materia finanziaria ai lettori che ne faranno richiesta; consiglio di rivolgersi ad un agente di cambio già fallito! (v. anche § 676 c. civ. germanico). Si è tentato di dare alla responsabilità un fondamento contrattuale, invocando la *reliance* del lettore e il *benefit* che l'editore trae per l'aumentata vendita del giornale pubblicando le lettere dei lettori e la risposta (*cause juste*), o invocando la (fittizia) *consideration* consistente nello scrivere la lettera come richiesto dall'editore col permesso di pubblicarla. Ma in realtà la responsabilità ha un fondamento extracontrattuale, nel *tort* o delitto consistente nel dare il consiglio negligentemente (cfr. CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts,* p. 66-67 e POLLOCK, *Contracts,* p. 140).

Nel caso Banbury v. Bank of Montreal (1918) A. C. 626, ove trattavasi di negligente consiglio circa un investimento di danaro, soltanto in un *obiter dictum* si afferma che la *consideration* è la *confidence* riposta in chi si assume di dare gratuitamente il consiglio, così come si avrebbe analoga *confidence* per la custodia nel deposito gratuito. Il Williston, *op. cit.,* § 138 nota 15 cita anche un altro caso inglese di *reliance* su una assunzione di assicurare una cosa. Ma su questo caso e sugli altri due succitati non pare si possa affermare, come fa Williston, che le Corti inglesi riconoscono una responsabilità contrattuale nei *gratuitous undertakings* sulla base di una *consideration of confidence.* Almeno, tale non sembra l'opinione degli autori inglesi.

sti casi: « Chi, mediante una *gratuitous promise* o altra condotta — sulla quale deve attendersi che altri ragionevolmente faccia affidamento pel compimento di determinati servizi (*acts of services*) da parte di esso promittente come *agent* dell'altro — fa sì (o è causa che = *causes*) che questi si astenga dal procurarsi tali servizi con altri mezzi disponibili, è soggetto al dovere di usare diligenza nel compiere tali servizi o, se altri mezzi sono disponibili, al dovere di notificare che egli non li compirà » (15).

Una situazione, che noi *civilians* chiameremmo giusta causa sopravveniente, può scusare l'inadempimento di questi obblighi (16). Sotto questo aspetto, e in genere per quanto concerne il grado di diligenza da usare, si afferma che, come nel *bailment* gratuito, la responsabilità per i *gratuitous undertakings* è valutata con minor rigore in considerazione appunto del loro carattere gratuito (17).

Da questo lato, le soluzioni non saranno spesso molto diverse da

---

(15) La notifica dev'essere tempestiva: cfr. *Comment* al § 378 *Rest.* sull'*agency* cit. Cfr. anche art. 2007 cod. civ. francese e art. 1727 cod. civ. italiano e simili. Un simile recesso dal mandato o da analoghi *gratuitous undertakings* non sarebbe ammesso in un vero e proprio *contract* con *consideration*: v. MASON, cit. sopra al § 14, nota 28.

(16) Cfr. § 378 *comment* del *Restat.* americ. sull'*agency*, il quale fa l'esempio di chi non possa recarsi a portare l'offerta scritta ad un incanto (v. nota 14) in quanto inaspettatamente impedito di recarvisi per sopravvenuti suoi affari di grave importanza. V. anche *infra sub c* nota 31 per la *civil law*.

(17) Cfr. § 379 *Restat.* americ. sull'*agency* in relazione al § 378 *comment d;* WILLISTON, *Contracts,* § 138 e citazioni ivi. Secondo WILLISTON, *loc. cit.,* § 1013 e 1038, questa moderazione della responsabilità in relazione al carattere gratuito della promessa (insieme al fatto che si risponde soltanto per *misfeasance* e per aver peggiorato con la promessa e la denuncia la situazione del promissario) esclude il carattere contrattuale della responsabilità. E ciò perchè questo carattere si avrebbe soltanto quando la misura della responsabilità dipenda dalla promessa e dal *quantum* promesso e non da esterne considerazioni di giustizia o proporzione in relazione al carattere gratuito della promessa: v. sopra nota 10. Altrimenti si avrebbe un'eccezione al principio di *common law* che la responsabilità derivante da un *contract* non può essere moderata da quelle considerazioni o da presupposti più o meno oggettivi di giustizia (la nostra *cause juste*): v. sopra § 15 e *infra* § 32 *sub a* e 33 *sub a.*

quelle adottate nella *civil law* per simili casi di promesse di servizi gratuiti (v. anche *infra sub c*). La responsabilità per una denuncia intempestiva dell'assunto incarico, o per aver peggiorato con tale assunzione e con la denuncia la posizione dell'altra parte, è un *quid medium* fra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale (v. *infra sub c*). Comunque, su quell'aver peggiorato la posizione dell'altra parte, più che sulla promessa di per sè, si fonda la responsabilità: un fondamento che arieggia certi aspetti della nostra *cause juste* (v. § 14 *sub e*).

Anche qui la *common law,* non avendo a disposizione il nostro (apparente e spesso vacuo) fondamento del valore del nudo patto, ha dato maggior rilievo e ha messo in più chiara luce quell'altro fondamento o giustificazione, al punto da concepire la responsabilità per *misfeasance* e per aver peggiorato con la promessa e la denuncia la posizione del promissario, come una responsabilità extracontrattuale o per un *tort.* Sulla diversità di conseguenze pratiche, spesso non grande, fra questa concezione extracontrattuale e la nostra concezione contrattuale, v. *infra sub c.*

Si hanno così tre specie di *reliance* non dipendenti da una *request* del promittente, cioè da un *bargain*:

1°) la *reliance* consistente nell'affidamento di una cosa, di un bene o di un affare (*bailment, agency* gratuiti);

2°) la *reliance* sui *gratuitous undertakings* di cui al § 378 *Restatement* americano e analoghe regole inglesi (in cui può ancora rientrare, sotto certi aspetti, l'*agency* gratuita).

3°) la *reliance* su ogni altro genere di *gratuitous promises* (v. sopra *sub a*), di portata più vasta, ma per cui si pongono particolari requisiti.

Queste tre specie di *reliance* si unificano nella concezione di *reliance not bargained for,* in contrapposto alla *reliance* dipendente da una richiesta del promittente o dal c.d. *bargain.*

La responsabilità è considerata talvolta come contrattuale, ma *sui generis* e pur discussa quanto alla sua natura, nella prima specie

di *reliance;* come extracontrattuale nella seconda, nonostante qualche contrasto: come nettamente contrattuale nella terza specie (18).

Per riassumere quanto si è detto in questo § *sub a* e *sub b*: la *reliance,* consistente nel fare o non fare qualcosa o nel peggiorare la propria situazione sull'affidamento della promessa, benchè questo qualcosa o questo pregiudizio non sia stato richiesto come *bargain* (*reliance not bargained for*), è la concezione fondamentale che ha condotto o sta conducendo la *common law,* sia pure attraverso gravi contrasti, a porre accanto allo schema del *bargain* altri schemi più o meno ristretti, ma costituenti anch'essi degli schemi generici o, per così dire, atipici, cioè capaci del più vario contenuto (v. *infra* § 31). Alcuni di questi schemi hanno carattere contrattuale, altri giacciono in una zona grigia o di passaggio fra il *tort* e il *contract.*

C) *Nota comparativa*: *sulla responsabilità per il mandato gratuito, per le promesse di servizi gratuiti e per le promesse gratuite in genere nella civil law. Il comodato nella common law.*

1) *La facoltà di rinuncia nel mandato gratuito, secondo la civil law.* — La natura e la portata della responsabilità del mandatario gratuito dipendono dalla concezione che si abbia della facoltà di rinuncia o denuncia del mandato. I nostri codici non sono tutti molto chiari su questo punto.

Per facoltà di rinuncia s'intende, ovviamente, la facoltà per il manda-

(18) La differenza fra il § 90 *Restat.* americ. sui *contracts* (o analoghe *doctrines*) è il § 378 *Restat.* americ. sull'*agency* (o analoghe *doctrines*) sembra stare in ciò: che per il § 90, cioè per una piena responsabilità contrattuale, occorre, come conseguenza della *reliance,* un atto o un'astensione di carattere *definito,* cioè un *quid* che, se *richiesto,* può costituire una *consideration*: mentre per il § 378 basta che il mandante o il promissario in genere abbia peggiorato la sua situazione perdendo altri mezzi disponibili o non essendo più in grado di provvedere immediatamente con altri mezzi all'affare o all'opera. Inoltre, perchè si possa concedere l'azione contrattuale del § 90, occorre che l'ingiustizia possa essere evitata soltanto concedendo tale azione, in quanto il rimedio extracontrattuale sarebbe insufficiente. Sotto questo profilo, se ricorrono gli estremi del § 90, anche l'*agency* gratuita o altro *gratuitous undertaking* può dar luogo ad un'azione contrattuale per il risarcimento dell'interesse positivo (v. anche *sub c* nota 29).

tario di recedere dal mandato senz'essere responsabile per i danni derivanti da un'obbligazione di trattare l'affare (interesse positivo), ma, al massimo, per i danni cagionati da una rinuncia o denuncia intempestiva (v. *infra sub* 3°). Chè, davvero, se anche di quella prima specie di danni dovesse il mandatario rispondere, non si potrebbe parlare di « facoltà » di rinuncia, essendo consentito in questo senso ad ogni e qualsiasi contraente di non adempiere la promessa risarcendo il danno che ne deriva (19). Ancora: per assumere un carattere speciale, la facoltà di rinuncia deve riferirsi al mandato a tempo indeterminato o per un dato affare, chè la facoltà di recesso, con congruo preavviso, spetta in ogni contratto a tempo indeterminato, anche se strettamente sinallagmatico.

La cennata facoltà di rinuncia rappresenta un carattere particolare del mandato *gratuito* secondo gli artt. 2007 c. civ. francese e simili, 671 c. civ. germanico, 404 c. svizzero obbligaz. Difficoltà di interpretazione presenta l'art. 1727 nuovo c. civ. italiano. Ma, probabilmente, esso non ha abbandonato il principio tradizionale (20).

---

(19) La responsabilità per danni deve, cioè, essere tale da lasciare integra la *facoltà* di denuncia. Cfr. GUHL, *Le droit fédéral des obligations*, Zurich, 1946, pp. 305, 306. Contra, pare, MINERVINI, *Mandato*, Torino, 1952, n. 82, p. 205 con rinvio al n. 76 e ivi autori e giurisprudenza per l'opinione da noi accolta. Comunque, importerebbe sempre distinguere fra le due specie di « facoltà », a seconda della natura del danno da risarcire.

Per un'esemplificazione, v. quanto diremo *infra sub* 3°.

(20) Sembrerebbe che l'art. 1727 c. civ. italiano precluda la facoltà di rinuncia anche nel mandato gratuito a tempo determinato o per il compimento di un dato affare (per un'assimilazione fra mandato gratuito e oneroso, v. anche la Relazione del Guardasigilli sul nuovo codice, n. 716). Senonchè si tratta di vedere quali danni debba risarcire il rinunciante: se i danni da inadempimento di un'obbligazione di compiere l'affare (interesse positivo) o soltanto i danni cagionati da una denuncia intempestiva (e senza giusta causa): v. *infra sub* 3°. Sembra che l'articolo sia da interpretare in questo secondo senso; sia in omaggio alla tradizione, sia perchè altrimenti, come s'è detto, non avrebbe senso una « facoltà di rinuncia », che pur l'art. 1722, n. 3, concede al mandatario (come causa di estinzione del contratto che non sarebbe estinto, se ci fosse la *perpetuatio obligationis*).

Tuttavia resta da spiegare come, secondo l'art. 1727, questa facoltà di rinuncia spetti anche nel mandato a titolo oneroso. Sembra che ciò si debba limitare ai casi di remunerazione non costituente la causa principale della assunzione dell'incarico e ai casi di mandato di cui parliamo nel testo *sub* 2°, che si potrebbero anche definire, secondo la tradizione, casi di mandato in senso proprio. Comunque, conviene riconoscere che l'articolo non è chiaro anche in relazione

Questa facoltà di rinuncia, secondo una tradizione romanistica seguita da alcuni codici, spetta anche in alcuni casi di mandato con compenso, quando questo rappresenti una causa secondaria dell'assunzione dell'incarico, la causa principale trovandosi sempre in rapporti di amicizia, benevolenza, compiacenza, o di altri sentimenti personali; una remunerazione, dunque, più che un prezzo (così chiaramente, POTHIER, *Mandat,* n. 22). Il che si suole esprimere anche col concetto che il mandato è essenzialmente gratuito, cioè che il *nomen* di mandato e certe regole sono riservati a questa specie di incarichi, gratuiti o « essenzialmente » gratuiti.

Quindi la facoltà di rinuncia di cui parliamo si fonda sull'elemento della gratuità del mandato e non sul carattere particolare della prestazione (trattazione di un affare), tanto è vero che, come vedremo, tale facoltà spetta anche in altri contratti che i testi romani assimilavano al mandato per quanto concerne la facoltà di rinuncia, fondandosi appunto sull'elemento della gratuità (v. *infra sub* 4°).

2) *La facoltà di rinuncia in certi mandati speciali.* — Una facoltà di rinuncia (in senso proprio, cioè con responsabilità limitata ai danni cagionati dalla rinuncia in quanto intempestiva) spetta anche nel mandato retribuito o con causa principale di retribuzione, quando però il mandato venga inteso come contratto per la condotta di un affare fondata, secondo l'uso, su particolari rapporti di confidenza o fiducia; rapporti che possono derivare sia dal carattere della prestazione (c. d. professioni liberali) che da particolari o personali relazioni fra le parti. Qui la facoltà di rinuncia è giustificata da ciò che all'esigenza di una particolare fiducia fa riscontro l'esigenza di una piena libertà e spontaneità del mandatario nell'eseguire

---

all'estensione del concetto o *nomen* di « mandato » quale risulta dagli articoli 1731 segg.

Le ben note difficoltà e discussioni nel definire l'ambito di un « mandato », cui applicare certe regole, si riflettono in confusioni e incertezze circa l'estensione e la portata della facoltà di rinuncia (come modo di estinzione del contratto e non semplicemente del potere di agire per altri!).

Tuttavia sembra che anche nel diritto italiano, quando la stipulata retribuzione fa del mandato un vero e proprio contratto sinallagmatico, il mandatario, all'infuori dei casi di che nel testo *sub* 2°, non ha la facoltà di rinuncia, nel senso che la rinuncia, se estingue il mandato come potere di agire per altri, non estingue il contratto; il mandatario, cioè, resta obbligato al pieno risarcimento del danno in luogo della prestazione dovuta o interesse positivo (s'intende, pel mandato a tempo determinato o per un dato affare).

Interpretato in tal modo, il nostro art. 1727 rientrerebbe nella tradizionale

o continuare l'incarico. Essa può spettare anche in altri contratti sinallagmatici non aventi ad oggetto la condotta di un affare, come avviene per le professioni liberali non aventi quest'oggetto (medico, ingegnere, architetto, perito contabile, ecc., v. ad es. l'art. 627 c. civ. germanico).

La facoltà di rinuncia ha qui un fondamento diverso da quello della gratuità (21).

All'infuori di questi casi possiamo dire che in un vero e proprio contratto sinallagmatico a tempo o oggetto determinati per la prestazione di opera o di servizi, *anche concernenti la condotta di un affare,* colui che deve tale prestazione non ha la facoltà di denuncia o recesso, nel senso che la denuncia, anche se tempestiva, non lo esimerà dall'obbligo di risarcire il danno equivalente della prestazione o opera promessa (obbligo sul cui contenuto v. *infra sub* 3°). La denuncia, cioè, non estinguerà il contratto,

---

concezione della *civil law,* accolta anche dagli altri codici o dai loro interpreti (v. *infra* nel testo *sub* 2° e nota 21).

Le soluzioni da noi adottate nel testo, specie *sub* 3°, non variano anche quando il 2° comma dell'art. 1727 si interpreti nel senso che esso e il relativo obbligo di risarcire il danno si riferiscano ad una più grave « intempestività » della rinuncia accompagnata da una giusta causa (sia nel mandato a tempo determinato, che in quello a tempo indeterminato); in questo senso MINERVINI, *op. cit.,* n. 82. Invero, si tratterebbe sempre di vedere di quale danno risponde il mandatario gratuito per avere, in presenza di una giusta causa, fatto una rinuncia talmente intempestiva che il mandante non possa in niun modo provvedere altrimenti, anche per affari urgenti, neppure mediante un mandatario a titolo oneroso.

(21) Il codice civile germanico è il più chiaro nel metter in rilievo tale diversità di fondamento. Tanto risulta dagli artt. 627, 671 e 675. Per porre tale distinzione, il codice germanico ha mantenuto il concetto tradizionale del mandato come contratto gratuito. Meno chiari sono gli altri codici che ammettono anche un « mandato » con retribuzione, che, cioè, riferiscono la facoltà di rinuncia anche a questo mandato (v. art. 1986 c. civ. francese; art. 394 cod. svizzero obbligazioni; quanto al cod. civile italiano, v. sopra nota 20). Ma gli autori riferiscono la facoltà di rinuncia al mandato in cui il compenso è remunerazione più che prezzo (v. sopra nel testo *sub* 1°) e al mandato nel senso di che nel testo *sub* 2°. Negli altri contratti sinallagmatici, anche se aventi ad oggetto la condotta di un affare, la facoltà di rinuncia viene negata.

Tuttavia la mancanza di una netta distinzione (non sempre facile) fra questi ultimi casi e gli altri summenzionati si riflette nelle discussioni sull'ammissibilità della facoltà di rinuncia nel mandato a titolo oneroso: cfr. BAUDRY LACANTINERIE, *Mandato,* nn. 827-829; DALLOZ, *Rép. pratique,* voce *Mandat,* n. 344 e autori *pro e contra* ivi. Più chiaro, GUHL, *op. cit.,* p. 305.

come fonte di un'obbligazione di compiere la prestazione promessa o di porre l'altro contraente, mediante risarcimento del danno o del *quod interest,* nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se la prestazione fosse stata adempiuta (interesse positivo).

3) *Le obbligazioni del mandatario gratuito nella civil law. Comparazione con la common law.* — Ciò premesso, veniamo alla facoltà di rinuncia fondata sull'elemento della gratuità del mandato, secondo una concezione tradizionale nella *civil law.*

Il mandatario rinunciante (senza giusta causa) è tenuto a risarcire soltanto il danno cagionato nell'ordine degli affari del mandante da una denuncia intempestiva, cioè in quanto il mandante non può più congruamente provvedere alla cura dell'affare direttamente o con altri mezzi o è costretto a provvedervi a condizioni peggiorate (22). Ma non è tenuto a risarcire il danno rappresentante l'equivalente della prestazione, come se questa fosse stata eseguita, cioè il c. d. interesse positivo. In particolare il mandatario non dovrà al mandante la spesa da questi incontrata per procurarsi un altro mandatario a titolo oneroso (art. 2931 c. c. italiano) o, comunque, il valore della prestazione in quanto il mandante debba surrogarla con la propria attività di cura diretta dell'affare (23). Altrimenti,

---

(22) Ad esempio, chi si assuma gratuitamente di fare una spedizione e poi denunci intempestivamente il mandato, dovrà risarcire i danni derivati alla merce deperibile per non aver questa viaggiato in tempo, o per essere stato risolto il relativo contratto di vendita per ritardo nella consegna (nel caso in cui il mandante avrebbe potuto provvedere altrimenti alla spedizione) ecc. Ma non dovrà il costo o il maggior costo di un contratto di spedizione concluso con altri a titolo oneroso. V. anche nota 23.

(23) Salvo, naturalmente, il caso in cui, al tempo della accettazione del mandato, il mandante potesse direttamente curare l'affare o lo potesse con altri mezzi gratuiti, e soltanto a seguito dell'accettazione del mandato egli abbia perduto queste possibilità. Ma questo è ancora un danno cagionato dall'assunzione del mandato e dalla successiva rinuncia, più che l'equivalente di una prestazione promessa. Tuttavia potrebbe sorgere la questione circa il carattere di conseguenza immediata e diretta di quella perdita di possibilità (artt. 1223 e 1225 cod. civ. italiano e simili disposizioni dei codici di *civil. law*): v. su ciò anche *infra* nota 29.

Il caso che ci interessa è invece quello in cui il mandante, pur potendo personalmente provvedere all'affare, senza che la sua condizione sia peggiorata, o non avendo mai avuto a disposizione mezzi gratuiti (magari per il carattere tecnico dell'attività richiesta nella cura dell'affare), a seguito della rinuncia si rivolga ad un altro mandatario a titolo oneroso. In questo caso il mandatario

come s'è detto, non si potrebbe più parlare di facoltà di rinuncia. Parimenti: se al momento dell'assunzione del mandato e successivamente il mandante non era in condizioni di provvedere, direttamente o mediante altri, alla cura dell'affare, cioè se il mandatario era l'unico mezzo all'uopo disponibile, il mandatario rinunciante non dovrà neppure il mancato guadagno dipendente dal mancato compimento dell'affare e neppure la perdita relativa. Infatti, in questo caso, con la rinuncia il mandatario non cagiona alcun danno nell'ordine degli affari del mandante, ma lo rimette nella stessa situazione, in cui questi si trovava al momento dell'assunzione del mandato (24). L'assunzione di questo e la successiva rinuncia non hanno peggiorato la posizione del mandante (v. anche note 22 e 23). Un obbligo di risarcire il mancato guadagno, in questo caso, si potrebbe fondare soltanto su un contratto in cui non esista la facoltà di rinuncia; sarebbe, cioè, la negazione di questa facoltà.

Insomma, una rinuncia tempestiva, cioè tale che dall'assunzione del mandato e da essa non risulti peggiorata la posizione del mandante, non espone il mandatario gratuito ad alcuna responsabilità.

---

rinunciante, se il suo mandato è gratuito, nulla deve per la rinuncia; mentre se la sua obbligazione fosse davvero quella di compiere l'affare o di fornire l'equivalente della prestazione promessa, egli dovrebbe il compenso pagato all'altro mandatario (v. anche art. 2931 c. civ. italiano). Chi si assume una vera e propria obbligazione di fare o compiere un'opera, non può sindacare l'uso che del proprio tempo e della propria attività faccia il creditore; ma deve o compiere l'opera o pagare l'equivalente, anche se il creditore è in condizioni di provvedervi direttamente e senza alcun sacrificio.

(24) Era questa, sembra, anche la soluzione del diritto romano. Cfr. D. XVII, I, 22 § 11 e Inst. III, 26, 11, secondo i quali testi il mandatario non incontra alcuna responsabilità per la rinuncia quando questa viene fatta *re adhuc integra,* cioè in modo da lasciare al mandante l'*integra causa eandem rem commode explicandi vel per se vel per alium,* (questi testi, tuttavia, debbono essere messi d'accordo con D. XVII, 1, 27 § 2 che sembra imporre al mandatario l'obbligo di non abbandonare l'incarico, *si potest id explere*).

La stessa soluzione nella *common law*: cfr. *Restatement* americano sull'*agency* § 400 *comment* b e § 401 *comment* b, ove si mette in rilievo che in un vero e proprio *contract* per il compimento dell'affare (cioè mandato come *bargain* o come contratto formale), il mandatario risponderebbe per mancato guadagno, anche se egli era l'unico mezzo disponibile per trattare l'affare.

Parimenti il mandatario gratuito non risponderebbe della perdita, quando egli era l'unico mezzo per evitarla (es., i danni dovuti dal mandante venditore al compratore, se il mandato era stato conferito per l'esecuzione di una vendita già conclusa: v. sopra nota 22).

In questo senso si può dire che la responsabilità del mandatario rinunciante concerne soltanto il c. d. interesse negativo (in cui tuttavia è dubbio se rientrino in ogni caso le spese pel conferimento del mandato); ma non si tratta di *culpa in contrahendo,* perchè il contratto è concluso e la responsabilità, secondo la *civil law,* deriva dalla sua conclusione o dal successivo recesso.

Ciò posto, è chiaro che dall'assunzione o accettazione del mandato gratuito non deriva pel mandatario l'obbligazione di compiere l'affare (25), e cioè, in mancanza, di risarcire l'equivalente di una prestazione promessa o c. d. interesse positivo. Egli ha soltanto:

a) il dovere di non peggiorare, con l'assunzione del mandato e la successiva rinuncia, la posizione del mandante. Avrà pertanto il dovere di intraprendere e continuare l'affare, fino a quando il mandante (che già potesse provvedervi), possa provvedervi direttamente o mediante altri. Se dunque il mandante può fare ciò anche prima del tempo in cui l'affare deve iniziarsi, il mandatario può subito rimetterlo al mandante senza neppure incominciarlo; se, invece, il mandante ha ormai perduto ogni possibilità di far ciò, il mandatario deve continuare l'affare fino al suo compimento.

b) il dovere di usare nella cura dell'affare una certa diligenza (bene inteso, in quanto il mandatario non rinunci). Oltre a ciò, il mandatario è anche obbligato a tenere informato il mandante e a rendergli il conto (sempre fino al momento dell'eventuale rinuncia). Obbligazioni, queste, che potrebbero derivare anche da un rapporto extracontrattuale.

Nella *civil law* moderna — e già nel diritto romano, superata una prima fase di rimedi extracontrattuali — i due obblighi o le due responsabilità

---

(25) Si è detto, in altri termini, che il mandatario ha l'obbligo di compiere l'affare soltanto se non rinuncia (PLANIOL, *Traité pratique* cit., Vol. XI, n. 1467). Il che è soltanto approssimativamente esatto, perchè tale obbligo sussiste quando la denuncia è intempestiva e, in particolare, quando, a seguito dell'assunzione del mandato, il mandante si è privato della possibilità di provvedere altrimenti all'affare. La mancanza di un'obbligazione di compiere l'affare (nel senso chiarito nel testo) suscita gravi perplessità e spiegazioni curiose in chi si attiene al principio giusnaturalistico del nudo patto. Così già POTHIER, *Mandat,* n. 38, è costretto a dire che il mandatario ha tale obbligazione secondo il diritto naturale, ma che, secondo il diritto positivo, in quanto l'unica sanzione è il risarcimento del danno e la denuncia tempestiva per presupposto non cagiona danno, egli può *impunément manquer à son obligation.*

Contro questa spiegazione ne basti osservare che il danno, di che trattasi per la denuncia intempestiva, non è l'interesse positivo: v. sopra note 22-24.

testè menzionati *sub a et b* hanno carattere contrattuale, cioè se ne vede la fonte in un contratto. Il che interessa per l'onere della prova e anche per la limitazione del risarcimento al danno prevedibile al momento del contratto e per tutti quegli altri caratteri propri della responsabilità contrattuale (capacità, ecc.).

Ma bisogna riconoscere che si tratta di una responsabilità contrattuale speciale, diversa da quella propria della promessa di una prestazione, di un'opera o di un risultato. Per usare la terminologia della *common law*, si tratta di una responsabilità per *misfeasance* (quella di che sopra *sub b*), e non di una responsabilità per *non-feasance*, chè tale non è quella di che sopra *sub a*. Questa seconda è piuttosto una responsabilità per aver determinato, mediante l'assunzione di un incarico, una persona (il mandante) a cambiare o peggiorare la propria posizione facendo affidamento sull'assunzione stessa. Da questo punto di vista la promessa o assunzione (con la rinuncia intempestiva) determina una responsabilità come *condotta* che cagiona danno, e non come promessa o obbligazione di compiere un affare o un'opera.

Per quanto non lo si sia convenientemente notato, anche nella *civil law* si presenta, pel mandato gratuito (e, come vedremo, in genere per le assunzioni gratuite di servizi) una situazione analoga a quella dell'originaria *assumpsit* della *common law* (v. sopra § 26 nota 16 bis) e dell'*assumpsit* moderna in quanto concerne i *gratuitous undertakings* (26). Ciò dimostra che anche nella *civil law* fra la pura responsabilità contrattuale per inadempimento di una promessa e la responsabilità extracontrattuale, esiste una zona grigia o di passaggio, e che non bisogna troppo insistere sulle rigide classificazioni di « contrattuale » ed « extracontrattuale ».

Nella *common law*, sia in relazione alla storia dell'*assumpsit* sia perchè la *misfeasance* e l'abbandono intempestivo dell'affare possono presentarsi come *torts*, si tende a vedere in quelle situazioni una responsabilità extracontrattuale. Ma bisogna riconoscere che è pur sempre qualcosa di ibrido; e che quando, anzichè agire con l'azione di *tort* (delittuale), si agisce con l'*assumpsit*, « questa partecipa dei caratteri del *tort* e del *contract* »; sicchè

---

(26) Gli autori di *common law* non mancano di fare osservare le analogie fra il mandato gratuito della *civil law* e l'*agency* gratuita o, in genere, i *gratuitous undertakings* della *common law*. Cfr. ANSON, *Contracts*, p. 113; WILLISTON, *Contracts*, § 138 nota 16 che, a proposito del § 378 *Restatement* americano sull'*agency*, richiama il passo delle Istituz. giustinianee, III, 26, 11 sul mandato (*unremunerated agency*) citato anche in un *leading case* americano. Cfr. anche MASON, citato sopra al § 14 *sub* e.

i problemi dell'onere della prova, della misura del danno da risarcire (prevedibile o meno) ecc., hanno una soluzione piuttosto incerta e diversa a seconda dei vari problemi (27).

Sotto questo aspetto le differenze fra la concezione contrattuale della *civil law* e quella extracontrattuale della *common law* si fanno più tenui e spesso inafferrabili.

Ma una differenza sembra sussistere ancora in questo senso: che nella *common law,* per aggravare la responsabilità del mandatario gratuito al di là dei limiti sopra indicati, in particolare, per renderlo responsabile anche in caso di denuncia intempestiva ma fondata su giusta causa (vedi nota 31), o addirittura per renderlo responsabile dell'interesse positivo, occorre, e basta, una promessa formale o con *consideration* (anche *nominal,* o costituente una «causa secondaria»), cioè un vero e proprio *contract* (v. anche sopra nota 13). E quando questo intervenga, non si potrà più moderare la responsabilità del mandatario in considerazione della causa *sostanzialmente gratuita* del mandato.

Nella *civil law,* invece, basta all'uopo l'intento delle parti, almeno secondo certi ordinamenti giuridici. Ma su questo punto occorre intendersi.

E' ammessa, secondo alcuni nostri ordinamenti, la rinuncia del mandatario alla facoltà di denunciare il mandato (28). E questa rinuncia può intendersi nel senso (più probabile) che il mandatario si impegna in ogni caso a continuare il mandato fino a che il mandante sia in grado di provvedere altrimenti alla cura dell'affare; si impegna, cioè, a non fare una denuncia intempestiva anche se v'è una giusta causa personale per farla e quindi (se il mandante, che lo poteva, non può più provvedere) a portare a compimento l'affare. Oppure nel senso che il mandatario s'impegna a compiere l'affare, anche se il mandante può trattarlo, e così promette l'interesse positivo (caso più raro). Tutto dipende dall'interpretazione della volontà delle parti.

La rinuncia alla detta facoltà o, meglio, quelle speciali obbligazioni del mandatario dovranno in genere risultare da una manifestazione espressa di volontà. Ma potranno anche risultare da un insieme di circostanze, che

---

(27) Cfr. PROSSER, *Handbook of the law of torts,* St. Paul, 1941, p. 1123-1126, 201 a 205 e 290.

(28) Cfr. art. 671 cod. civ. germanico e autori francesi citati a nota 21. *Contra,* pel diritto svizzero, l'art. 404 cod. obbligaz.; cfr. GUHL, *Le droit féd. des oblig.* cit., pp. 305-306. Pel diritto italiano sembra sia ammissibile la rinuncia alla cennata facoltà, nei due sensi di che *infra* nel testo.

rendano plausibile, e nello stesso tempo giusto, che il mandatario siasi assunto quelle speciali obbligazioni (29).

Si noti infine che l'inadempimento all'obbligo *normale,* cioè quello di non peggiorare con l'assunzione del mandato e la successiva rinuncia la posizione del mandante, può essere scusato dal sopravvenire di una giusta causa (per la *common law* v. nota 16). E da una giusta causa, per quanto di maggior gravità, potrà essere scusato anche l'inadempimento a quelle maggiori obbligazioni di compiere in ogni caso l'affare (a seguito della c. d. rinuncia alla facoltà di denuncia o recesso: v. in questo senso espressamente l'art. 671 ultimo comma cod. civ. germanico) (30).

Si ha qui una applicazione specifica del generale principio della causa

---

(29) Per esempio: se la promessa del mandatario sia stata fatta per una *causa praeterita,* cioè per ricompensare servizi ricevuti dal mandante o simili. O, ancora, se al momento dell'assunzione del mandato il mandatario sapeva che il mandante aveva disponibili all'uopo altri mezzi gratuiti che il mandante stesso avrebbe abbandonato e perduto in vista di tale assunzione. In questo caso, quelle maggiori responsabilità del mandatario potrebbero anche essere contenute nella semplice responsabilità per aver peggiorato la posizione del mandante (v. sopra nota 23). Ma le difficoltà inerenti alla prova del fatto che quegli altri mezzi o mandati gratuiti avrebbero effettivamente funzionato (senza rinuncie o incapacità, ecc.), potrebbero far apparire più giusta la soluzione dell'assunzione di un'obbligazione specifica di compiere in ogni caso l'affare.

Sotto questo profilo, ad una soluzione analoga si potrebbe arrivare, qualora si accogliesse la discussa *doctrine* del § 90 *Restatement* americano sui *contracts* (v. sopra *sub a*). Cfr. in questo senso il § 378 *Restatement* sull'*agency comment e.*

(30) Nella *common law,* invece, la giusta causa di scusa non opera in questo secondo caso. Invero quelle maggiori obbligazioni, come s'è detto, possono sorgere soltanto per un vero e proprio *contract,* con la forma o con la *consideration*: e allora la responsabilità è piena e senza scuse, anche se *sostanzialmente* il mandato è gratuito (perchè assunto con *act under seal* o perchè la *consideration* è *nominal* o rappresenta una causa *secondaria* nel senso di cui sopra *sub* 1°)

Se, poi, quelle maggiori obbligazioni derivano dalla (discussa) *doctrine* del § 90 *Restatement* americano sui *cotracts* (v. sopra nota 29), non sembra che la giusta causa di scusa del nostro mandato gratuito possa operare di per sè. Occorrerà, come dice il § 90 citato, che l'ingiustizia possa essere evitata con altro rimedio non contrattuale, cioè con quello nascente dal § 378 *Restatement* americano sull'*agency.* Può darsi che praticamente in alcuni casi si arrivi a risultati analoghi a quelli prodotti dal nostro principio della causa giusta di scusa, ma non necessariamente.

giusta (31) di liberazione o di adeguamento della responsabilità nei contratti a titolo gratuito (v. sopra § 14 bis e 20 *sub b*).

4) *Le obbligazioni dell'assuntore di servizi gratuiti: civil law e common law.* — Tutto ciò che si è detto a proposito del mandato gratuito nella *civil law* ha una notevole importanza, poichè vale anche per le promesse di fare un trasporto, di ricevere in deposito, di prestare un'opera o opere di vario genere (32), comprese quelle del *nuncius,* ecc.

Presupposto è, naturalmente, che vi sia l'intento di assumere un vincolo giuridico (v. sopra § 1 nota in appendice e § 14 *sub e*).

Posto questo intento (che sarà ivi più raro, a parte i casi tipici del mandato o del *nuncius*), è da ritenere che normalmente l'intento stesso sia diretto ad assumere al massimo la responsabilità per aver peggiorato, mediante l'assunzione del servizio e la successiva rinuncia intempestiva, la posizione dell'altra parte (c.d. interesse negativo: v. sopra *sub* 3°), e non anche la responsabilità per l'interesse positivo, cioè l'obbligazione di compiere la prestazione. Vi sarà, inoltre, ben inteso, la responsabilità « *contrattuale* » per *misfeasance,* quando il servizio venga effettivamente eseguito, ma con negligenza. Ad esempio: la persona che si assume di fare il tal giorno un trasporto gratuito, se poi non l'esegue, sarà responsabile in quanto l'altra parte (*che lo poteva*) non sia rimessa in condizione di poter provvedere altrimenti e per il danno che ne deriva. Ma tale persona non dovrà e non avrà in genere inteso assumersi anche l'obbligo di pagare il prezzo per un trasporto a titolo oneroso o, in genere, di risarcire il c. d. interesse positivo (v. sopra note 22, 23, 24 pel mandato).

Inoltre, come nel mandato, questa limitata responsabilità potrà venir moderata o anche eliminata, quando sopravvenga una causa giusta che giustifichi una denuncia intempestiva o il mancato compimento del tra-

(31) Le *cause juste* sopravveniente, che nei casi suddetti modera o elimina la assunta responsabilità, consiste non tanto i qualche colpa, inadempienza o demerito del mandante (che potrebbero operare anche per un contratto oneroso), quanto in una situazione personale del mandatario, per cui la continuazione dell'incarico costituirebbe per lui un peso troppo grave anche in relazione all'utilità che ne trae l'altra parte: una situazione personale che non varrebbe a scusare l'assuntore dell'incarico, se si trattasse di un contratto sinallagmatico. Ad esempio: cambiamento di residenza o di professione, bisogno urgente di provvedere ai propri affari, pregiudizio patrimoniale o morale che deriverebbe al mandatario dalla continuazione del mandato, inimicizia capitale sopravvenuta, ecc. Cfr. in questo senso autori citt. a nota 21 e, pel diritto romano, D. XVII, I, 23-25. V. anche sopra nota 16.

(32) Per le opere « liberali » di cui sopra nel testo *sub* 2°, la facoltà di denuncia o recesso è ammessa anche se il contratto è sinallagmatico.

sporto o dell'opera (se l'altra parte, *che lo poteva,* ora non possa più provvedervi).

Sarà ammesso, come nel mandato, anzi più facilmente che nel mandato, un aggravamento contrattuale della responsabilità (espresso o risultante dalle circostanze: v. nota 29): sarà ammessa, cioè, la rinuncia alla facoltà di denuncia o recesso (33) nei due sensi suaccennati a proposito del mandato, ma sempre con i particolari effetti sopra menzionati per la eventuale sopravvenienza di una causa giusta di scusa (v. sopra ad nota 30, nonchè § 14 *bis* e 20 *sub b*).

Ma all'infuori di questi casi speciali e piuttosto rari di aggravamento della responsabilità, questa sarà limitata ai danni risultanti dall'aver peggiorato la situazione dell'altra parte con l'assunzione dell'incarico e la denuncia intempestiva (v. sopra *sub* 3°). A questo e alla *misfeasance* si limiterà la responsabilità.

Questa assimilazione fra mandato gratuito e promessa di servizi gratuiti in genere risulta già nel diritto romano: Inst. III, 26, 11-13. Anche Pothier assimilava il trasporto gratuito e altre promesse del genere al mandato (*Traité du contrat de louage,* n. 395).

Quanto alla *common law,* la promessa di servizi gratuiti deve essere trattata come il mandato gratuito (v. sopra *sub b* nota 14).

5) *Le promesse gratuite di comodato e di mutuo; il comodato nella common law.* — Se non andiamo errati, anche su questo terreno, invece che ricorrere a vaghe generalizzazioni, occorre articolare e particolareggiare le regole sulla responsabilità nei vari tipi di contratti. Così, nelle promesse gratuite di prestare l'uso o il godimento di una cosa (promesse di comodato e di mutuo), si avrà qualcosa di diverso dalle promesse gratuite di servizi, mandato, trasporto, ecc.

In quelle, infatti, non si può pensare ad una responsabilità per *misfeasance* o negligente esecuzione del *facere* (a parte la responsabilità pei danni cagionati da difetti della cosa).

Sicchè, se l'obbligazione contrattuale ha da avere un senso, essa si dirige all'obbligo di procurare il godimento o l'uso. La responsabilità per inadempienza potrebbe anche essere limitata, secondo l'intento delle parti o certe situazioni più o meno tipiche, ai danni derivanti dal fatto che, a seguito della promessa e di un'intempestiva revoca, l'altra parte ha perduto la possibilità di provvedere altrimenti ad avere l'uso o il godimento di cosa

(33) Così tale rinuncia sarà ammissibile, pare, anche secondo il codice svizzero, che sembra limitare l'inammissibilità al caso del mandato in senso proprio per le esigenze di reciproca fiducia e spontaneità che vi sono inerenti (v. nota 28).

analoga (c. d. interesse negativo). In tal caso sarebbe consentita una facoltà di recesso o revoca tempestiva, come nel mandato. Ma in pratica, specialmente trattandosi di cosa certa e determinata, ma spesso anche nel caso del mutuo, sarà assai raro che vi fosse quella possibilità o che le parti la contemplino o la possano contemplare.

Sicchè, se l'obbligazione ha da avere un senso pratico, essa nella maggior parte dei casi, e salvo prova contraria, si estenderà all'interesse positivo o al surrogato o equivalente di quella data prestazione. Sarà così ammissibile, in genere, una condanna alla consegna della cosa certa e determinata (v. il caso Fellman cr. Mathebs, Vol. II), o ai danni che rappresentino l'equivalente della mancata prestazione: spese per procurarsi altrove il godimento della cosa, se possibile, o per ottenere un mutuo ad interesse; danni per mancato guadagno o per perdite dipendenti da affari connessi a quella prestazione, anche se, qualora non fosse stata fatta la promessa di comodato o di mutuo, il promissario non sarebbe stato in grado di compiere quegli affari ecc. (v. al contrario per il mandato e per le promesse di servizi gratuiti sopra note 22-24). Certo, trattandosi di responsabilità contrattuale, essa sarà limitata ai danni prevedibili al momento del contratto.

Tale responsabilità potrà tuttavia venire moderata o anche eliminata da una sopravveniente *cause juste* in relazione al carattere gratuito della promessa (v. § 14 *sub e,* 14 bis, § 20 *sub b* e sopra nota 31).

Nella *common law* la responsabilità per le promesse di comodato e di mutuo gratuito è assai più vaga. A parte il caso del § 90 *Restatement* americano sui *contracts* o della *reliance* di cui sopra *sub a,* la responsabilità potrebbe essere soltanto quella per aver peggiorato, con la promessa e la revoca intempestiva, la posizione dell'altra parte che aveva la possibilità di provvedere altrimenti. Ma questo caso, assai raro in pratica, dovrebbe essere considerato e risolto sotto l'aspetto strettamente delittuale.

Ciò vale anche per l'obbligazione del comodante nel comodato reale (con consegna della cosa) di non chiederne la restituzione prima di un certo tempo o esaurito un certo uso della cosa (art. 1888 cod. civ. francese e simili). Infatti, in genere, l'assunzione della custodia da parte del comodatario non può considerarsi come una *consideration bargained for* per quella obbligazione del comodante, salvo casi eccezionali in cui ciò avvenga (34).

---

(34) WILLISTON, *Contracts,* § 1039, il quale osserva che anche l'obbligazione del comodatario di custodire la cosa non costituisce in genere un *contract,* in quanto non viene *bargained for* con la concessione dell'uso della cosa, salvo che effettivamente ciò avvenga o che il comodatario assuma altre speciali obbligazioni (v. il caso Bainbridge v. Firmstone nel vol. II).

§ 28

Conseguenze della concezione dell'*informal contract* come *bargain*.

a) La *past consideration*.

Il requisito che l'azione o astensione del promissario (*consideration*) deve essere effettivamente *bargained for*, cioè costituire uno specifico affidamento sulla promessa a *richiesta* del promittente (v. § 26 *sub e*), o, comunque, la concezione più vasta della *reliance* (v. § prec.), tutto ciò porta ad escludere la *past consideration*, cioè la nostra *causa praeterita* consistente in servizi resi nel passato o in un'obbligazione naturale o morale (v. sopra § 11).

Chi rende simili servizi, magari anche nella speranza di una ricompensa, non ha fatto una *reliance* su una promessa, per il semplice fatto che nessuna promessa di ricompensa è stata data (1).

La *common law*, da questo punto di vista, sta sulla stessa linea del diritto romano e del nostro diritto medievale (v. sopra § 2 note 21 e 22; e § 3). Ma alle ragioni che colà concorsero ad escludere la *causa praeterita* (v. anche sopra § 1 *sub b*), e che portarono a considerare il caso come donazione coi relativi requisiti di forma, si aggiunge per la *common law* la particolare impronta dell'*action of assumpsit*, cioè la basilare concezione della *reliance*.

Fra le ragioni che anche nel passato indussero a respingere la *causa praeterita*, si accentua oggi l'incertezza sull'intento di contrarre un vincolo giuridico e sul punto di distinguere, fra le varie obbligazioni morali, quelle che dovrebbero costituire una ragione

(1) Perciò l'espediente di vedere, nella promessa di ricompensa dei servizi, una permuta, una vendita o simili, espediente col quale si cercò di far riconoscere queste promesse nella *civil law* (v. § 4, nota 8 e § 5 *sub d*, nota 21), non potè mai attecchire nella *common law*. Occorre, quanto meno, che i servizi siano stati resi a *richiesta* del promittente con una tacita intesa di una ricompensa (v. *infra* note 8 segg.).

sufficiente per obbligarsi, nonchè l'incertezza sul *quantum* dovuto (2).

Con l'esclusione della *causa praeterita* o *past consideration* restano di colpo troncate alla radice tutte le difficili questioni che nella *civil law* si presentano in tema di *cause suffisante* e che danno luogo a tanta incertezza nei rapporti giuridici (v. § 11) (3).

Si ammette eccezionalmente la *past consideration* nel caso della promessa di adempiere un debito prescritto e, in America, anche per quella di pagare la parte di debito rimessa nel concordato o un'obbligazione viziata da incapacità e altri vizi di consenso. Ma ad alcuni di questi casi si dà una spiegazione diversa da quella del riconoscimento di una *past consideration* (4).

---

(2) WILLISTON, *Contracts*, § 148, il quale osserva: « *It is essential that the class of promises which are so enforceable shall be clearly defined. The test of moral consideration must vary with the opinion of every individual* ». Egli aggiunge che, poichè ogni promessa genera un'obbligazione morale di adempierla, ogni ripetizione di questa promessa sarebbe giuridicamente vincolante. E' la critica della nostra teoria del *pactum geminatum* (v. sopra § 4, note 13 e 14 e § 11 *sub d*). V. anche HAMSON, cit. a nota 3.

Casi, fra altri, in cui è stato negato valore alla *moral consideration*:

— promessa dopo la cessazione del concubinato, anche se v'è stata seduzione (la responsabilità sarà, se mai, fondata sul *tort*);
— promessa di alimenti ad un parente bisognoso;
— promessa di adempiere un desiderio del *de cuius* (non espresso formalmente come legato);
— di risarcimento di un danno non giuridicamente dovuto;
— di aumentare il prezzo, a parte la lesione;
— di ricompensare servizi resi, ivi compreso il caso di miglioramenti fatti sul fondo altrui, e quello di rimborsare un pagamento fatto per conto altrui (in questi casi, se v'è azione, essa non si fonda sulla promessa).

Cfr. su tutto ciò, WILLISTON, *op.* e *loc. citt.*, e giurisprudenza ivi.

Per molti di questi casi nella *civil law*, v. sopra § 11.

(3) Gli autori osservano che, se si ammettesse la *past consideration*, si introdurrebbe il concetto di « causa » proprio della *civil law*. Cfr. per tutti, HAMSON, *The reform of consideration*, cit. al § 26 nota 1.

Cfr. anche il caso Thomas v. Thomas nel Vol. II.

E' interessante osservare che per « causa » della *civil law* autori e sentenze intendono qui il « *motive* », mentre, come abbiamo mostrato ai §§ 11 e 22, nota esplicativa, n. 2, si tratta della « causa » nel senso di ragione *oggettivamente* sufficiente ad escludere la donazione. V. anche § 37.

(4) Per la promessa (che in Inghilterra e in molti stati dell'Unione ame-

Tuttavia alcune correnti nella giurisprudenza e nella legislazione di alcuni stati dell'Unione americana ammettono o tendono ad ammettere in genere la *past consideration,* specie nei casi di *strong moral obligation* o in altri che stanno fra l'ingiusto arricchimento e l'obbligo morale: v. ad es., nota 2 in fine (5).

Il *Report* del *Law Revision Committee* inglese del 1937 (v. § 26 nota 1) ha fatto proposte di riforma per la *past consideration* (6).

Ma la « doctrine » della *moral obligation,* come *consideration,* che risale ad una serie di sentenze di Lord Mansfield della fine del secolo XVIII, e che fu ripudiata definitivamente verso la metà

---

ricana dev'essere scritta) di pagare un debito prescritto, la spiegazione è che la prescrizione colpisce l'azione, ma non il diritto; o che il debitore può sempre rinunciare alla prescrizione, che non appartiene al diritto sostanziale, ma alla procedura (cfr. POLLOCK, *Contracts,* p. 144; CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts,* p. 58 e citazioni ivi; WILLISTON, *Contracts,* § 183 segg.). Nel diritto inglese la questione è stata risolta comunque in senso affermativo dal *Limitation Act* del 1939. Cfr. anche § 86 *Restatement* americano sui *contracts.*

Quanto al concordato (caso non ammesso in Inghilterra), cfr. § 87 *Restatement* citato e WILLISTON, *Contracts,* § 158 per gli Stati Uniti, ove talvolta si richiede lo scritto e, sempre, una promessa *chiara,* ad evitare incertezze (v. sopra § 11, nota 22).

Quanto alla conferma di un debito contratto da un incapace: cfr. § 89 *Restatement* americano sui *contracts. Contra*: il diritto inglese: v. CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts,* p. 58.

(5) Cfr. WILLISTON, *Contracts,* § 149; PAGE, *Consideration: genuine and synthetic,* cit. sopra al § 26, nota 1; MANCINI, *La consideration,* ecc., cit., in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.,* 1953, p. 1065-1066.

(6) Non pare tuttavia che il *Report* si riferisca alla *moral obligation* in genere.

Non è ben chiaro se esso si riferisca a tutti i casi di servizi resi nel passato (ivi compresi quelli della nostra donazione remuneratoria), o soltanto ai casi in cui chi li rese non aveva l'intento di compierli gratuitamente e li rese magari sulla base di una *request* (senza promessa di ricompensa) da parte di chi poi prometterà la ricompensa: casi che talvolta stanno quasi sul limite di un *bargain* tacito. V. sopra nota 1 e *infra* note 8 e 9.

Sembra anche che il Report si riferisca ai casi in cui v'è un precedente debito (giuridico) e l'azione sia fondata sulla promessa di adempierlo: v. *infra* nel testo.

del secolo XIX, è vivamente criticata anche oggi, appunto per le incertezze cui darebbe luogo e perchè contraria all'essenza del sistema contrattuale di *common law* fondato sull'idea della *reliance* (7).

Senonchè, agli occhi di un giurista educato nell'atmosfera della *civil law*, la concezione della *common law* contraria alla *past consideration* sembra investire anche problemi che a noi si presentano sotto altro aspetto. Infatti la stessa esistenza di un debito (giuridico) precedente è considerata come un'invalida *past consideration*, nel senso che l'azione deve sempre fondarsi su questo debito o rapporto precedente e non sulla promessa di adempierlo. Sotto questo profilo la vecchia *indebitatus assumpsit* (v. § 26 *sub b*) non è più ammessa, essendo anche venute meno le ragioni processuali che la ispirarono (WILLISTON, *Contracts*, § 143 e autori e *cases* ivi).

Così, se chi ha commesso un delitto civile (*tort*), fondamento di un'obbligazione giuridica di risarcire il danno, promette di risarcirlo in una data misura, la promessa non vale nè come riconoscimento (inattaccabile) del fatto o della colpa, nè come fissazione del *quantum* dovuto, salvo si tratti di una transazione, ove nell'*aliquid datum aliquid retentum* v'è una *consideration* presente. Altrettanto vale pel caso della promessa di adempiere un'obbligazione di ingiustificato arricchimento (v. esempi a nota 2).

L'azione in base ad una cambiale o in genere ad un *negotiable instrument* emesso per un debito (civile) precedente appare (agli occhi degli autori di *common law*) come un'eccezione difficilmente spiegabile (v. *infra* § 34).

Più delicato è il caso in cui una persona compie servizi o prestazioni a favore di un'altra senza l'intento di fare ciò gratuitamente e successivamente intervenga una promessa di ricompensa (v. per la *civil law* § 11 nota 4 e ivi la D. XIX, 5, 22).

---

(7) Cfr. HAMSON, PAGE, WILLISTON, POLLOCK, CHESHIRE and FIFOOT, ecc., *opp. e locc. citt.* Il Page osserva come Lord Mansfield fosse scozzese e, come tale, un *civil lawyer* poco addentro nella *common law*! Favorevole invece a HAYS, *Consideration* ecc. cit. sopra al § 26 nota 1, p. 856 segg.

Occorre vi sia una richiesta dei servizi e un'accordo tacito di una ricompensa *ragionevole,* accordo deducibile magari dalle circostanze o, come si suol dire, una « *promise to be implied from the circumstances* » (8), come avviene di solito nel campo degli affari o *business.* Ma anche in questo caso alcuni autori osservano che il *bargain* (tacito), se esiste, è già perfetto in questo momento; v'è già un debito (da contratto); sicchè la successiva promessa che fissa la ricompensa « ragionevole » nulla potrebbe aggiungere al precedente debito; essa può al massimo considerarsi come prova (*evidence*) del valore attribuito dalle parti a quei servizi o servire per liberare il giudice dalla necessità di valutarli (9). Diverso è, naturalmente, il caso di una transazione o di un accordo con reciproche rinuncie sul *quantum* (v. sopra).

---

(8) Il *Report* del *Law Reform Committee* inglese del 1937, nel fare le proposte di riforma di cui sopra a nota 6, osserva che talvolta tale *implied promise* è una finzione.

(9) Cfr. POLLOCK, *Contracts,* p. 143; CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts,* p. 55-58. I due casi più importanti sono:

— Lampleigh v. Brathwait (1615, Hob. 105). Brathwaith, avendo ucciso un Tizio, *richiede* Lampleigh di fare il possibile per ottenere la grazia dal Re. Lampleigh vi si adopera e all'uopo fa parecchi viaggi a Londra a sue spese. Successivamente Brathwait gli promette 100 sterline pel suo disturbo. Il giudice osserva che la promessa non è *nuda* (*naked*), perchè vi era la *request* (CHESHIRE and FIFOOT osservano che nel linguaggio della sentenza sembra essere implicita l'idea di un tacito accordo di ricompensa).

— in Re Casey's Patent, Stewart v. Laseg, 1892, I, Ch. 104. — A e B, titolari di certi diritti di brevetto, scrivono a C promettendogli la quota parte di un terzo, per essersi egli adoperato nell'elaborazione dei brevetti (s'intende, senza un esplicito accordo di ricompensa). Il *Lord justice* Bowen osserva che non si tratta di *past consideration,* perchè nel caso: « il fatto di un *past service* fa sorgere l'*implication* che al tempo in cui esso fu reso era considerato come un servizio da pagare, e, se tale era, quando sopravviene una promessa di pagare, questa deve essere trattata come una ammissione che prova (s'intende, prova il valore dei servizi) o come un positivo *bargain* che fissa l'ammontare di quella *reasonable remuneration* sulla fede della quale il servizio fu originariamente reso ».

Per la giurisprudenza americana, un po' incerta quando vi sia una semplice richiesta dei servizi, cfr. autori citt. a note 2 e 4.

In tutti i casi summenzionati un giurista di *civil law* vedrebbe una promessa valida sulla base di un riconoscimento, di un negozio d'accertamento o simili. Quanto alla promessa di pagamento e ai *negotiable instruments,* v. sopra § 22 *sub e,* nonchè le note esplic. n. 3 e 4 allo stesso § 22 e *infra* § 34.

b) La *gratuitous promise.*

La concezione della *gratuitous promise* non corrisponde alla nostra concezione della promessa a titolo gratuito, che è poi la promessa non interessata (v. sopra § 5 *sub b* e § 16).

La *gratuitous promise* è la promessa che non fa parte di un *bargain,* quella, cioè, per la quale il promissario non dà o non fa nulla *su richiesta* del promittente, anche se questi aveva un interesse economico rilevante e determinante nel fare la promessa. Si tratta, ad esempio, dei casi della promessa a titolo di réclame (10), dell'*option,* della promessa unilaterale di vendita o dell'offerta irrevocabile (v. sopra § 27 nota 2 e *infra* § 35 *sub c*). Promesse gratuite sono anche quelle di che al § 27 *sub a.* Naturalmente la promessa per una *past consideration,* costituente talvolta una *cause suffisante* agli occhi della *civil law,* è una *gratuitous promise* (11). Anche quanto alla « *cause* » più o meno *plausible* o *juste* di una promessa gratuita (v. sopra § 14 *sub* e), un'indagine su una simile « *cause* » im-

(10) Salvo che nel fatto, più o meno esplicitamente richiesto, di acquistare o di usare il prodotto possa vedersi una *consideration*: cfr. il caso Carlill v. Carbolic Small Ball (1893), I, Q.B. 256: promessa di 100 sterline a chi contrarrà l'influenza (in epidemia) dopo aver usato le pillole secondo certe istruzioni.

Altra promessa interessata, secondo la concezione della *civil law* (§ 16), potrebbe vedersi nel caso De La Bere v. Pearson cit. al § 27, nota 14, se ivi non sussisteva una *consideration.*

(11) Come estensione, il concetto di *gratuitous promise* occupa press'a poco il terreno del patto nudo nel diritto romano dopo il riconoscimento dei contratti innominati (a parte il mandato e alcuni patti speciali riconosciuti nel diritto romano). Sul carattere meramente negativo del concetto di *gratuitous promise,* in quanto abbracciante in analogo trattamento i casi più disparati, cfr. HAYS, *Consideration* ecc. cit. al § 26 nota 1, p. 856 segg.

plicherebbe tutte quelle incertezze che non sono nelle simpatie della *common law*.

La *gratuitous promise* nel senso suddetto non è un *contract* (v. sopra § 25 *sub b* in fine); cioè è sconosciuta alla *common law* come fonte di obbligazione contrattuale, avente, noi diremmo, col solito vago termine, una « causa » riconosciuta dal diritto. Tale *gratuitous promise* vale soltanto in quanto sia assorbita nell'atto formale puro (v. sopra § 26 *sub d*). Oppure vale come *gratuitous undertakings* in certi casi particolari, ove si dubita del carattere contrattuale dell'azione, o in casi assai contrastati e limitati, ove pure l'azione contrattuale è un rimedio straordinario (v. § 27).

Data la concezione dell'*acceptance,* cui *infra* accenneremo e che si confonde con il compimento della *consideration* domandata per la *formazione* del contratto (v. § 29), si può dire, in certo senso, che nella *gratuitous promise* non v'è un'*acceptance* nel senso della *common law,* ma soltanto quella generica accettazione, come manifestazione di un affidamento generico, che, almeno talvolta, basta nella *civil law* (v. sopra § 17).

Viceversa, basta una *consideration* qualsiasi (v. *infra* § 30) per attribuire il carattere di promesse non *gratuitous* (cioè di « *contract* ») a molte promesse che la *civil law* considererebbe a titolo gratuito, almeno con predominante « causa » di liberalità.

Ciò importa che in linea di principio nella *common law* tutte le promesse non formali giuridicamente sanzionate sono, noi diremmo, a titolo oneroso. In altri termini, la responsabilità del promittente è quella severa di un contraente a titolo oneroso o quella altrettanto severa di un contratto formale, senza che siano ammessi, sia sotto l'aspetto oggettivo di esigenze di giustizia che sotto l'aspetto soggettivo di presupposti, quei temperamenti o moderazioni che la *civil law,* anche in materia di interpretazione e di rilevanza dei motivi, stabilisce per le promesse sostanzialmente a titolo gratuito o in parte a titolo gratuito (12): v. § 32. Per le discusse eccezioni v. § 27.

(12) V. sopra § 14 *sub e*; §§ 15, 16 e 20 *sub b*. J. J. Gow, *Mistake*

Ciò, ancora, pone la *common law* sulla stessa linea del diritto medievale e di quello romano dei contratti di stretto diritto (v. § 2 e 3). Su questo criterio severo di responsabilità v. sopra § 26 *sub e* e *infra* § 32.

E' interessante ancora osservare come ,non ravvisandosi nella *gratuitous promise* l'esistenza di una « causa » di obbligazione contrattuale, anche se questa « causa » sia *raisonnable et juste* (v. sopra § 14 *sub e*), e non costituendo la stessa donazione una *causa o tipo* di contratto (v. infra *sub c*), la *common law* non fa alcuna differenza fra obbligazioni di dare e altre obbligazioni. Tutte sono assorbite o nel concetto dell'*assumpsit* o in quello della *forma* e tutte sono trattate allo stesso modo. La distinzione fra le obbligazioni di dare e le altre obbligazioni, che presenta questioni delicate e aspetti talvolta curiosi e assurdi e che ha una spiegazione storica o di costume nella *civil law* (v. sopra § 7 e 10-13), questa distinzione è sconosciuta alla *common law*. E così il suo sistema risulta, in fondo, ancora una volta più semplice o semplificato.

c) *La donazione.*

Per le ragioni testè accennate la donazione, come *causa donandi* o negozio riconosciuto come tipo (v. sopra § 8 e 9) (13), è sconosciuta alla *common law*. La donazione, come promessa o donazione obbligatoria, può attuarsi soltanto in quanto assorbita nello schema dell'atto formale puro o *act under seal* o nello schema di un *bargain* anche mediante una *nominal consideration* (v. *infra* § 30) (14).

---

and error, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1952, p. 472 segg., osserva (p. 475) la differenza di trattamento, nella *civil law*, fra contratti onerosi e gratuiti quanto alla rilevanza e alla disciplina del motivo erroneo.

(13) Del resto, tutti i contratti di *common law* sono atipici, cioè valgono soltanto in quanto rientrano negli schemi generici della forma, del *bargain*, o nello schema di che al § 27: v. *infra* 33.

(14) Nella *common law* la donazione obbligatoria è dunque ammessa ben presto, appunto perchè la nostra « *causa donandi* » è completamente assorbita nella forma o nel *bargain* nominale, mentre sul continente ancora nel secolo XVIII si riconosceva soltanto la donazione reale (perfino con la *traditio*) anche in concorso con l'atto pubblico: v. sopra § 5 *sub c*.

La donazione traslativa o reale può, anch'essa, attuarsi in quanto assorbita nello schema generico di un *transfert* (formale o mediante consegna) o di un *bargain* (v. *infra* § 38 sul *transfert*).

Ne consegue anche che ,non costituendo la donazione una tipica *causa obligandi*», un «*contractus donationis*», tutto il problema della *donatio cum onere* resta superato, e superato anche sotto il profilo dell'irrilevanza dell'*adequacy of consideration* (v. *infra* § 30). Ulteriore semplificazione del sistema!

Naturalmente il carattere oneroso o gratuito dell'atto può rilevare sotto altri aspetti (eventuali divieti di donazioni, tutela dei creditori, ecc., e sotto quello della *specific performance* che in *equity* non viene concessa per una *gratuity*: v. § 33); ma non come « causa » o tipo che per sè determina l'obbligazione e un'obbligazione con propri caratteri.

Da tutti questi punti di vista la *common law* presenta suggestive analogie col diritto romano classico (quando si ammetta che già nel diritto classico, almeno tardo, fossero riconosciuti i contratti innominati: v. sopra § 2).

§ 29

Continua: la *consideration* come *acceptance*. Il promittente come *dominus* della promessa e delle sue condizioni: l'*executed consideration (unilateral contract)*. La promessa al pubblico.

Come si ricorderà, nei contratti innominati romani e in quelli reali medievali del continente la *res vel factum* era un elemento di formazione del contratto, nel senso che, finchè una delle prestazioni convenute non era eseguita, la promessa era revocabile, cioè il vincolo non sorgeva (v. § 2 *sub b* e § 3). Se si tiene presente che il requisito della *consideration* riproduce sotto certi aspetti quell'idea del nostro contratto reale medievale, si può comprendere come an-

che la *consideration* o, meglio, il suo compimento, rappresenti un elemento di formazione del contratto (v. sopra § 26 *sub a* 1° e *sub b* e note 19 e 20). Finchè la *consideration* doveva consistere in una controprestazione (*lato sensu*) e non semplicemente in una contropromessa, cioè fino a quando non venne riconosciuto il contratto bilaterale puramente obbligatorio (v. § 26 *sub c*), il contratto non si formava o la promessa era revocabile, fino al momento in cui veniva effettivamente eseguita la controprestazione. E' quella che poi si chiamerà *executed consideration.*

Questa concezione permane nella *common law* fino ai nostri giorni (e fors'anche durò per un certo tempo nella *civil law*, v. sopra § 4 *sub b* nota 10), anche quando viene ammessa la *consideration* consistente in una contropromessa o *executory consideration.* Finchè la contropromessa richiesta (dal proponente) non viene data, il contratto non si forma; esso si forma poi nel momento e nel luogo, in cui la contropromessa viene data nei termini e modi stabiliti dal proponente, compresi fra questi termini e modi anche la comunicazione o la semplice spedizione della (accettazione che contiene la) contropromessa. Così la dazione di questa equivale alla *res* dei contratti medievali, anche nella sua funzione di elemento di formazione del contratto.

Ognuno intende come una simile concezione abbia influito anche sul problema del luogo e tempo di formazione del contratto. Talchè, per arrivare all'affermazione della «*doctrine*» della spedizione, le Corti di *common law* hanno dovuto passare attraverso le strettoie della concezione della *consideration,* la quale così aleggia su tutto il sistema contrattuale di *common law.* E per superarle le hanno forzate, cioè han dovuto ricorrere a vari espedienti, quali: la presunzione o finzione che il promittente, nel chiedere la contropromessa come *consideration,* abbia più o meno autorizzato un dato modo di spedizione quale mezzo di comunicazione dell'*acceptance* e quale *ultimo* atto da eseguirsi pel compimento della *consideration* domandata.

Ma poichè dipende dal promittente o proponente di stabilire

la *consideration* (*executed* o *executory* e sue modalità), ne discende che la *consideration* può concepirsi come *acceptance*: l'accettazione deve consistere nell'esatto compimento del *quid* (fatto o contropromessa) richiesto dal promittente. Cosicchè anche questa concezione della *consideration* come accettazione, assai diffusa presso gli autori e i giudici di *common law* (1), sembra uno sviluppo della concezione base del contratto reale medievale.

Tuttavia l'equiparazione della *consideration* all'*acceptance* ha un significato pratico, e probabilmente sorge soltanto quando viene ammessa anche la *executory consideration,* e così quando il proponente ha la possibilità di scegliere fra una *executed* e una *executory consideration.* Invero, prima che sorgesse questa possibilità, cioè quando la *consideration* poteva consistere soltanto in un fatto, il compimento di questo poteva apparire più semplicemente come elemento di formazione del contratto, che come « *acceptance* ».

Sorta quella possibilità, la natura unilaterale o bilaterale del contratto non dipende dal suo carattere tipico (come da noi), ma dalla volontà del proponente, cioè dalla *consideration* che egli richiede, *executed* o *executory* (con questo in più, che nel contratto « *unilaterale* » la promessa è revocabile, finchè non venga compiuto *il fatto*). Onde, anche sotto questo aspetto, l'importanza della *request* o del *quod dictum est* (interpretato nei suoi termini letterali), l'importanza, cioè, di quanto ha detto il proponente o promittente.

Probabilmente alla suaccennata concezione della *consideration*

(1) Cfr. per tutti, HAMSON, *The reform of consideration,* cit. al § 26, nota 1, p. 234; « *Consideration, offer and acceptance* sono una trinità indivisibile, faccie di uno stesso concetto, che è quello del *bargain.* Invero la *consideration* può ben spiegarsi come la semplice *acceptance* vista dal lato dell'offerente. L'*acceptance* è definita come il compiere quell'atto (che può essere il dare una promessa o il compiere una prestazione) che è *requested* dall'offerente in cambio per la sua promessa; è la risposta all'offerta. Un atto compiuto a richiesta dell'offerente in risposta alla sua promessa è *consideration*: e *consideration* nella sua essenza non è nient'altro che la risposta a tale *request.* La nozione d'*offer* e *acceptance* propria della *common law* non si applica ad una *gratuitous promise* ». Come s'è detto, questa è una concezione di dominio comune fra autori e giudici di *common law.*

come *acceptance* si collega la « *doctrine* », oggi assai discussa e contrastata, che la *consideration* deve provenire dal promissario (2) e non da una terza persona. Alla formazione di questa *doctrine* può avere concorso anche la concezione della responsabilità verso il promissario per la *reliance* che questi ha fatto sulla promessa prestando la *consideration,* la concezione, cioè, di un *detriment causato* al promissario con la promessa: v. sopra § 26 *sub a,* 1°).

Ma soprattutto in questa concezione della *consideration* come *acceptance,* di cui il promittente, quale *master* della promessa e dei suoi termini, fissa il contenuto, riaffiora lo spirito del *contract* di *common law,* quale risulta dall'*assumpsit* e dai suoi sviluppi (v. sopra § 26 *sub e*). Invero la promessa ,nei termini dell'*assumpsit,* è l'assunzione di una responsabilità a date condiizoni, sulla quale il promissario ha fatto affidamento adempiendo appunto le condizioni poste dal promittente. Assumere una responsabilità, specie quella severa della *legal obbligation* inglese (v. § 32 *sub a*), è considerato un fatto grave e da prendersi molto sul serio. Perciò il promittente è *master* e padrone di stabilire le condizioni alle quali vuol assumerla; ma deve stare molto attento nel porle (conseguenti criteri letterali di interpretazione: v. § 32), cioè nel porre la sua *request,* perchè sarà inesorabilmente obbligato, una volta che il promissario le ha adempiute così come sono state richieste (3). Per analoga ragione il promissario deve far molta attenzione alle condizioni poste dal promittente ed esattamente eseguirle: altrimenti non può pretendere alla tutela della sua *reliance.* La concezione ispiratrice sem-

---

(2) *Consideration must move from the promisee.* Cfr. su questo principio WILLISTON, *Contracts,* § 114 e il già citato *Report* del *Law Revision Committee* inglese del 1937. V. anche sopra § 26 nota 26 e *infra* § 35 *sub c.*

(3) Per esempio, quanto ai modi dell'*acceptance,* l'ANSON, *Contracts,* p. 36, fa il caso di chi richieda come modo di risposta (consistente sempre nell'assunzione della richiesta contropromessa) che il destinatario dell'offerta spari un fucile o accenda un lume al di là di un lago. Se l'offerente non può udire il colpo di fucile o vedere il lume a seguito di un temporale o altro, *imputet sibi.*

bra quella di due reciproche limitazioni di libertà, che, come tali, esigono ponderazione e attenzione.

Il *contract* e la stessa proposta vengono concepiti come una promessa condizionata all'accettazione mediante esecuzione (esatta) della *consideration* (4).

Accettare vuol dire *agire* nei modi richiesti dal promittente (anche la contropromessa ha questo valore di compimento di un fatto o contegno richiesto: v. § 26 *sub e*): non vuol dire semplicemente assentire e appropriarsi la promessa o, come si esprimevano Bentham e Austin, « una dichiarazione, da parte del promissario, che egli si aspetta che il promittente adempirà la fatta promessa » (v. sopra § 17 e *infra* § 35 *sub a*).

Ma quella rigida concezione del promittente come *master* della sua *promise* e la parallela rigida concezione dello sforzo di attenzione richiesto al promissario possono risolversi per certi casi in un'iniquità. Così si faccia il caso che A prometta 100 a B, se questi farà (non se si obbligherà a fare) un dato quadro o affresco, un'opera qualsiasi, ivi compresi la *spedizione* della merce, un viaggio, ecc. (*executed* anzichè *executory consideration*). A non sarà vincolato se non quando B avrà compiuto l'opera; cioè A potrà impunemente revocare la promessa prima di questo momento ed anche ad opera inoltrata. B dovrà fare attenzione, perchè non potrà contare sulla promessa che ad opera compiuta; durante il compimento agirà a suo rischio, pur avendo il vantaggio di non essere obbligato e quindi di non rispondere dei danni, se non esegue l'opera o l'esegue malamente, se non consegna o non spedisce la merce, ecc. B faccia dunque i suoi conti e, se gli conviene altrimenti, non « accetti », cioè non esegua l'opera. D'altro lato, lo stesso promittente ha scelto una via (l'*executed consideration*) che presenta vantaggi e svantaggi: il vantaggio di non essere obbligato se non ad opera, consegna o spedizione compiuta (non dovendo fra l'altro ricorrere all'azione di risoluzione del contratto per inadempimento); e lo svantaggio di non

(4) Cfr. WILLISTON, *Contracts*, §§ 24 A, 25 e 112.

assicurarsi, mediante una controbbligazione dell'altra parte, l'opera o la merce o il suo equivalente (danni) (5).

Ma molto spesso, specie quando il promissario si è già inoltrato nell'opera, quella concezione, utile sotto certi aspetti, si risolverà in una iniquità. Di qui vari espedienti per mitigarne le durezze (6), nonchè proposte di riforma (7).

Sotto questo aspetto la concezione della *consideration* come *acceptance,* o come elemento di formazione del contratto, sembra un ferro vecchio, un'eredità del diritto medievale e poi di certi criteri formalistici che presiedevano alla determinazione della responsabilità nell'*assumpsit.* Ma tale concezione può essere salutare come ri-

(5) Cfr. su tutto ciò la mia relazione al Congresso Nazionale di Diritto Comparato, Roma, Ottobre 1952: « *Il cosidetto unilateral contract o contratto con executed consideration nella common law anglo-americana* », (negli Atti del Congresso stesso e in *Riv. dir. comm.* 1954), ove pure dimostro come il concetto di *unilateral contract* (o *contract* con *executed consideration*) non corrisponde al nostro concetto di contratto unilaterale nè a quelli nostri di contratto a titolo gratuito o di contratto reale (nel senso moderno).

(6) Così: l'espediente di presumere, nel dubbio, che il contratto sia stato inteso dalle parti come *bilateral,* cioè con *executory consideration.* Altri espedienti: presumere un'offerta accessoria di tenere l'offerta principale aperta per un tempo ragionevole in *consideration* del principio di esecuzione dell'altra parte; o l'espediente di vedere una promessa condizionata, in cui il promittente si obbliga a condizione che il promissario compia il fatto richiesto in un termine ragionevole; questa promessa sarebbe irrevocabile dopo l'accettazione consistente nell'inizio dell'esecuzione. Ma se il fatto non è compiuto nel termine ragionevole, la promessa cade *automaticamente* per difetto di « *acceptance* », senza bisogno di chiedere la risoluzione del contratto.

Cfr. su tutto ciò la mia Relazione citata a nota precedente e autori ivi: ove pure mostro alcuni loro equivoci circa il valore del « *commencement d'exécution* » nella *civil law.*

(7) Così il *Report* del *Law Revision Committee* inglese del 1937, più volte citato, propone che « la promessa fatta *in consideration* del compimento di un fatto da parte del promissario, sia *vincolante* non appena il promissario ha incominciato l'esecuzione di quel fatto, a meno che la promessa includa in modo espresso o tacito (*by implication*) la clausola che essa può essere revocata prima che il fatto sia compiuto ». Naturalmente, se poi il fatto non è compiuto (nel termine ragionevole), aggiunge il *Report,* il promissario non ha alcun diritto (contrattuale) al compenso.

chiamo delle parti all'onere di attenzione nella conclusione dei contratti. Può essere utile, quando le parti, nell'alternativa fra *executed* e *executory consideration* coi relativi vantaggi e svantaggi sopra accennati, vogliono effettivamente scegliere l'uno o l'altro strumento contrattuale. E, infine, ha una grande importanza quando si voglia « liberalizzare » la donazione (obbligatoria) *cum onere* o *sub modo,* cioè liberarla dall'onere della forma. Infatti, in tale donazione, non essendovi quasi mai dubbio che l'onere o il modo è richiesto come *executed consideration,* la protezione della forma, contro donazioni poco ponderate, è surrogata dalla possibilità di revocarle prima del compimento dell'onere. Ciò può concorrere a spiegare come il nostro problema della donazione *cum onere* o della relativa *cause suffisante* non sia sentito nella *common law* (v. sopra § 10) (8).

La concezione suaccennata, quindi, è un ferro vecchio che può tuttavia servire ,in parecchi casi, a qualcosa.

La *common law,* dato il suo modo di formazione (v. § 25 *sub b*), è un arsenale di ferri vecchi e di buone armi che vi si conservano gli uni accanto alle altre. Anche i ferri vecchi possono in certe occasioni impugnarsi con successo. Lo spirito conservatore presenta questa possibilità di scelta, poichè il vecchio non è tutto cattivo e da buttar via (v. anche *infra* § 30 *sub* a 1°).

Altro interessante riflesso della *consideration* come *acceptance,* o come *reliance* consistente nel compiere qualcosa richiesto dal promittente, è il trattamento della promessa al pubblico.

La promessa al pubblico di un premio, un compenso, una mancia a chi compirà la tal opera, ritroverà il tal cane smarrito, scoprirà l'autore di un delitto, ecc., è un caso tipico di *unilateral contract* o di promessa per una *executed consideration.*

Anzitutto, se il premio è promesso per un'opera che si consi-

(8) Ma altre ragioni hanno concorso a quel « liberalizzare » la donazione, come la concezione dell'*adequacy of consideration* e il carattere atipico o astratto dello schema del *bargain* (v. *infra* §§ 30 e 33).

dera già come compiuta, il caso rientra nella *past consideration,* con le conseguenze relative (v. sopra § 28 *sub a*).

Ma anche se l'opera è da compiere, per aver diritto al premio bisogna averla compiuta essendo a conoscenza della promessa: altrimenti, manca l'elemento di una *acceptance* o, per meglio dire, di una condotta o sacrificio richiesto dal promittente e compiuto dall'altra parte *facendo affidamento* (*reliance*) sulla promessa (9).

Si suol anche dire che chi compie l'opera senza conoscere la promessa non ha fatto nulla per ottenerla o meritarla.

E' questa, fra le tante, una delle prove della rigida coerenza (10) che spesso mostra la *common law,* nonostante il suo empirico modo di formazione (v. sopra § 25 *sub b* nota 3).

§ 30

Il problema dell'*adequacy of consideration*: *Sufficient consideration* e *Nominal consideration*.

a) *Il problema dell'adequacy of consideration.*

Abbiamo già accennato (sopra § 26 *sub e* in fine) come la con-

(9) Cfr. Pollock, *Contracts,* p. 15-16; Anson, *Contracts,* p. 27 e 37; Cheshire and Fifoot, *Contracts,* p. 38-40; Williston, *Contracts,* §§ 32, 33 e 34 A; *Restatement* americano §§ 28 e 53.

Nel caso Carlill v. Carbolic Small Ball, cit. sopra § 28, nota 10, l'eccezione che mancava un'accettazione notificata fu respinta sul motivo che non occorreva altra accettazione all'infuori dell'esecuzione della *consideration* domandata (l'aver usato le pillole).

(10) La coerenza della *common law* è spinta al punto che il compenso è negato, quando chi lo pretende ha conosciuto l'esistenza della promessa soltanto dopo aver compiuto una parte dell'opera richiesta (soluzione non sempre accolta): Cfr. Williston, *Contracts,* § 33 A e giurisprudenza ivi.

In certi casi si è anche ritenuto che, se l'opera è compiuta *dimenticandosi* che v'è la promessa di ricompensa, non si ha diritto a questa: caso diverso, però, da quello in cui si agisce per motivi diversi dallo scopo di ottenere la ricompensa. V. il caso australiano R. v. Clark (1927) e altri citati in Cheshire and Fifoot, *op.* e *loc. citt.*

cezione severa della responsabilità del promittente, quale responsabilità per aver *causato,* richiedendolo, un sacrificio o una limitazione di libertà altrui, eredità e sviluppo, nello spirito puritano, dell'*assumpsit* medievale, come questa concezione, diciamo, abbia in certo senso influito sul problema dell'*adequacy of consideration.* Si tratta di vedere se, per determinare la responsabilità del promittente o una certa misura di essa, la *consideration* quale *detriment* pel promissario, o anche quale *benefit* pel promittente, debba stare in un certo rapporto di proporzione, equivalenza o adequatezza (*adequacy*) con il *quid* promesso. E', questo, nella *civil law* il problema della *cause suffisante* e, in certo senso, anche della *cause raisonnable* e *juste* (v. sopra § 10 a 13, § 14 *sub* e, § 20 *sub b*).

La *common law* ha dato a questo problema una risposta schiettamente negativa.

E ciò per due ragioni:

1°) La concezione, testè richiamata, della responsabilità del promittente, e cioè che questa deriva non tanto dalla natura, valore o proporzione del sacrificio richiesto al promissario, quanto dal fatto di aver «richiesto» o convenuto questo sacrificio. Hai richiesto, hai voluto quel *quid,* dunque paga! E' questa una concezione spinta della autonomia privata nella valutazione dei propri interessi: concezione che, se all'origine si riallacciava allo spirito del diritto medievale e ai connessi atteggiamenti formalistici (v. sopra § 3), in prosieguo di tempo si sviluppa coscientemente come concezione della responsabilità e della autonomia degli interessi privati secondo lo spirito di un dato popolo. E' il solito ferro vecchio che, ripulito e rimesso a nuovo, è capace di nuove vitali funzioni (v. anche § precedente).

2°) Le esigenze di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, esigenze, pur queste, sviluppatesi con piena coscienza del problema nelle Corti di *common law.* La rilevanza dell'*adequacy* infatti implicherebbe di necessità uno dei due criteri:

1°) o quello oggettivo della nostra *cause suffisante* (v. sopra § 10) assai incerto, anche se oggettivo; tanto più vasto l'ambito del-

l'incertezza, se il criterio si dovesse applicare, come per la *common law,* anche alle obbligazioni diverse da quelle di dare (v. § 28 *sub c*) e alle controprestazioni non aventi carattere tipicamente economico (v. *infra* § 33).

2°) oppure il criterio soggettivo dell'intento del promittente, del perchè (« causa »!) egli richiese la *consideration,* dell'interesse particolare che vi aveva, per vedere se questo valore soggettivo sta in proporzione (oggettiva) con il *quantum* promesso. Criterio che darebbe luogo a incertezze ancor più gravi delle precedenti.

Sotto questo profilo il principio dell'assoluta irrilevanza dell'*adequacy* si connette ai criteri letterali-formali di interpretazione della promessa. Questi criteri la *common law* ha ereditati dai sistemi formalistici medievali, accentuandoli rispetto allo sviluppo contemporaneo dei sistemi continentali; li ha conservati poi sul fondamento del principio di responsabilità del dichiarante, nonchè per esigenze di certezza e per il costume dell'ambiente di attenersi al *quod dictum est* e di dire tutto ciò che si vuole abbia valore determinante (§ 32).

Da questo punto di vista, neppure i motivi o presupposti, anche se ovvii e presumibili (per noi!), in base ai quali si è richiesta la *consideration,* valgono a determinare se vi fu o meno *adequacy.* Vi è, sotto questo profilo, uno stretto rapporto con la teoria dell'errore sulle qualità dell'oggetto della *consideration* (v. ad esempio, nel Vol. II, il caso Haighs v. Brooks e simili): v. *infra* § 32 nota 3.

Senonchè non essendo questa una via sulla quale ci si possa arrestare, la *consideration* viene ad assumere un aspetto tecnico o legalistico: qualunque limitazione della libertà legale, cioè qualunque anche minimo sacrificio, *the slightest trouble,* purchè non si tratti di un *quid* già dovuto, chè allora non vi sarebbe limitazione di quella libertà (1). E' questa limitazione che importa, e non un sacrificio effettivo del promissario o un beneficio effettivo pel pro-

(1) Così il fatto di andare a studiare all'università (v. sopra § 5 *sub b* l'esempio analogo di Pothier), o quello di fare un viaggio di piacere o simili, benchè costituiscano o possano costituire nella maggior parte dei casi un

mittente. D'altro lato, è chiaro che risolto in tal modo il problema dell'*adequacy,* restano un'altra volta troncate alla radice tutte le nostre difficili e incerte questioni sulla distinzione fra la donazione *cum onere* (formale) e il contratto di scambio: v. sopra § 10.

La questione dell'irrilevanza dell'*adequacy of consideration,* sia quanto al valore che alla natura del *quid* richiesto dal promittente, è discussa apertamente e spesso nelle *Corti* di *Common law*; le quali dimostrano così di aver avuto piena coscienza del problema e della sua portata nella loro concezione fondamentale del contratto (2).

---

vantaggio pel promissario, vengono concepiti come *detriments* o limitazioni della libertà legale (v. i casi Hamer v. Sidway e segg. nel Vol. II).

Ecco, in proposito, un passo molto chiaro di WILLISTON, *Contracts,* § 102 A che cita i *cases* e le relative massime: «*Benefit* e *detriment* hanno un significato tecnico. Nè il *benefit* pel promittente nè il *detriment* pel promissario hanno da essere effettivi. Si ha un *detriment* pel promissario, nel senso legale, se egli, a richiesta del promittente e sotto la pressione (*upon the strength*) della promessa, ha compiuto un qualsiasi atto che gli ha causato il più piccolo disturbo (*the slightest trouble or inconvenience*) e che egli non era obbligato a compiere... Così l'astenersi dal fumare, benchè in fatto e nel caso particolare costituisca un vantaggio per la salute fisica e morale e le finanze del promissario e non rappresenti alcun *benefit* pel promittente, è un *legal detriment* e, se richiesto come tale, è una *sufficient consideration* per una promessa. Così, l'ottenere delle sottoscrizioni ad una petizione è una *sufficient consideration,* benchè la petizione sia talmente difettosa da essere inutile e le sottoscrizioni non siano perciò di alcun *benefit* pel promittente. Pertanto il concetto di *detriment,* in quanto adoperato nello stabilire (*to test*) la *sufficiency of consideration,* significa *legal detriment* come distinto dal *detriment* reale (*detriment in fact*). Tale concetto significa il rinunciare a qualcosa che, immediatamente prima della promessa, il promissario era legittimato a tenere, fare o astenersi dal fare. E, in conformità, il concetto di *benefit* deve significare il ricevere, come scambio per la promessa, qualcosa, azione o astensione, che il promittente non aveva diritto di ricevere prima della promessa. Il fatto che il promittente abbia desiderato quel qualcosa per suo proprio vantaggio e che non vi abbia alcun diritto è sufficiente per mostrare che lo stesso qualcosa gli era *beneficial*».

Sul caso del non fumare, v. Hamer v. Sidway nel Vol. II. Sulla *insufficiency of consideration* quando il promissario vi sia già obbligato v. *infra sub b,* nota 5.

(2) Si cita perfino HOBBES, a dimostrare che si tratta di un'idea fonda-

Infatti sotto questo concetto della *adequacy of consideration* si trovano, più o meno coperti, molti problemi fra loro connessi; non soltanto, come a prima vista sembrerebbe, quello dell'equivalenza delle prestazioni, così come viene da noi inteso nei rapporti di scambio economico, ma anche il problema del contratto atipico, quello della donazione e della donazione *cum onere,* e quello dei criteri formali-letterali di interpretazione. Sicchè si può dire, in certo senso, che la concezione dell'irrilevanza assoluta dell'*adequacy* costituisce il centro radiante del sistema contrattuale di *common law.*

b) *La sufficient consideration.*

Dato il cennato atteggiamento della *common law* circa il problema dell'*adequacy of consideration,* ci si dovrebbe aspettare che l'idea di una *sufficient consideration* (analoga a quella della nostra *cause suffisante* v. § 10), se anche operò all'origine nelle Corti di *Common law,* sia totalmente scomparsa in prosieguo di tempo.

Non si può negare che alla radice del requisito della *consideration* sta l'idea del «*something for something*», del qualcosa o di un sacrificio in cambio di qualcosa, come *giustificazione* della sanzione della promessa (3).

---

mentale, non soltanto della *common law,* ma anche della scuola inglese di filosofia del diritto e di politica: Cfr. POLLOCK, *Contracts,* p. 139. Ed a fondare quel principio gli autori si richiamano a casi giudiziari assai remoti, come il caso *Sturlyn v. Albany* (v. Vol. II, Casistica): Cfr. POLLOCK, *op. e loc. citt.*; WILLISTON, *Contracts,* § 155.

Le discussioni fatte nelle corti sull'*adequacy of consideration* potrebbero sembrare simili a quelle fatte nella *civil law* a proposito della donazione *cum onere* e della necessità della forma della donazione, quando l'onere non sembri sufficiente a giustificare un contratto come rapporto di scambio (v. sopra § 10). Ma in realtà le Corti di *common law* si ispirano a motivi di ordine ben diverso, come risulta da quanto diciamo nel testo.

(3) Qualcuno sostiene che il principio del *something for something* è ancor oggi un principio *sostanziale* del *contract*: cfr. PAGE, *Consideration: genuine and synthetic,* cit. al § 26 nota I. E' l'idea di una situazione «la

Ma l'irrilevanza dell'*adequacy,* spinta all'estremo, dovrebbe praticamente aver assorbito quell'idea.

Senonchè alcune traccie, non trascurabili, di quella concezione restano ancor oggi, benchè oggetto di critiche, da un lato, e di nuove giustificazioni funzionali, dall'altro.

Ecco le regole ancora in vigore sulla *sufficient consideration* (4):

1°) La valida *consideration* non può consistere nell'adempimento o nella promessa di adempimento di un dovere precedente contrattuale o non contrattuale (5). Così la promessa di un aumento di prezzo per ottenere la consegna della merce o l'esecuzione di un'opera, già dovute in base ad un precedente contratto, non ha una *sufficient consideration*; altrettanto dicasi della promessa per

---

quale rende *giusto* che una promessa sia sanzionata »: WILLISTON, *Contracts,* § 27 e 100.

(4) Il difetto di *sufficient consideration* non significa che la promessa sia nulla, ma soltanto che occorre l'*act under seal,* cioè la forma assorbente il contenuto dell'atto (salvo l'eventuale caso di illiceità, per la seconda categoria di *insufficient consideration*).

Si parla anche di « *valuable consideration* » o di *consideration* che « *must have some value in the eyes of the law* » (che deve avere un qualche valore agli occhi della legge!). Cfr. STEPHEN'S, *Commentaries on the law of England,* II, London, 1950, pp. 19 e 23; *Restatement* americano sui *contracts,* §§ 75 a 81 e relativi *comments.* In POLLOCK, *Contracts,* pp. 144-153 e *passim* si trova anche, oltre il termine *sufficient,* il termine *good consideration* (sul cui significato tecnico v. STEPHEN'S, *Comm.,* II, pp. 20-21). L'ANSON, *Contracts,* p. 89 ss., adopera anche il termine *real consideration;* ma vi comprende anche casi in cui non si tratta propriamente di *sufficiency.*

In qual modo poi gli « *occhi della legge* » guardino a quel « *some value* » risulta da quanto si dice *infra* nel testo.

(5) Cfr. su questa regola derivata dal celebre *Pinnel's case* il mio articolo, *La rinuncia, il contratto modificativo,* ecc. in *Riv. Dir. Comm.* 1952, I, p. 392 segg. e *infra* § 32 *sub b* e § 35 *sub c* quanto ai tentativi di riforma. V. anche § 27 nota 2.

Altri esempi: la promessa di una somma alla moglie perchè ritorni al domicilio coniugale; al possessore o detentore della cosa perchè la restituisca; ad un poliziotto perchè compia un'attività che rientri nell'ambito delle sue funzioni, e cioè nel luogo e tempo ov'egli è « in funzione ». Pel caso in cui l'obbligo da adempiere esista verso un terzo, cfr. WILLISTON, *Contracts,* § 131 e 102.

l'adempimento d'un dovere legale (a parte il caso di illiceità). Non v'è qui alcuna limitazione della *legal freedom*. Ma basta la più piccola o « pickwiniana » modifica dell'obbligo precedente, per rendere valida la *consideration*: appunto perchè allora si dà un *quid*, anche minimo, e l'*adequacy* non rileva.

2°) Una contropromessa nulla non costituisce una valida *consideration*, anche se il promittente col richiederla ha mostrato di avervi interesse, perchè ciò che è giuridicamente nullo non ha alcun valore (6). Potrebbe farsi rientrare in questa categoria anche

(6) Il problema è connesso con quello, piuttosto teorico (vedi sopra § 26 nota 12), della *consideration* consistente in una contropromessa. Si tratta, cioè, di vedere se la *consideration* consiste nel fatto o contegno del contropromettere (*promise as a fact*, tesi di AMES), oppure in una promessa giuridicamente vincolante; il che potrebbe dar luogo ad un circolo vizioso. Cfr. in proposito WILLISTON, *Contracts*, §§ 103 a 103 b. e autori ivi citati *pro* e *contra*.

I casi esaminati dalle Corti sono i seguenti: contropromessa di un incapace *nulla* (non semplicemente annullabile); contropromessa nulla per difetto di forma; cosidetta *honorary promise* o semplice impegno sociale o d'onore; c. d. *illusory promise* (contenente una condizione meramente potestativa); promessa nulla per impossibilità assoluta (*in rerum natura*) del suo oggetto. Cfr. WILLISTON, *Contracts*, §§ 103B, nota 6; 103 E; 104 ss. e *cases* ivi citati; POLLOCK, *Contracts*, pp. 144-145; *Restatement* americano sui *contract*, § 80, *Illustrations*. Quanto alla promessa nulla per illiceità valgono altri principi: cfr. *Restatement* americano *loc. cit.*

Si potrebbe pensare che in tutti quei casi il promittente, col fatto di richiedere la contropromessa, mostra di attribuirle un valore (soggettivo); per esempio, l'impegno d'onore potrebbe valere più che un impegno giuridico. Ma le decisioni giudiziali stanno in senso contrario (vedi in particolare il caso *Harrison vs. Cage* (1698), 5 Mod. 411 e POLLOK, *op cit.*, p. 145 nota 61). Si potrebbe anche pensare ad una questione di interpretazione: vedere, cioè, se le parti intesero scambiare la promessa *as a fact*, oppure in quanto giuridicamente vincolante e, in questo secondo caso, far giocare l'errore o il presupposto normale. Ma simili concezioni, che richiedono un'indagine sui motivi, interessi o presupposti, sembrano estranee alle Corti di *Common law*, anche se talvolta indirettamente influenti.

Quanto all'impossibilità dell'oggetto, conviene rilevare che una promessa è nulla nella *common law* soltanto nei casi di impossibilità *assoluta* o *in rerum natura* (non nel caso di cosa perita prima del contratto e simili), in quanto la *promise* è considerata come garanzia o assicurazione di un certo risultato (§ 32). E anche l'impossibilità *in rerum natura* è intesa dalla *common law* in un

il caso Poteliakhof v. Teakle, 1938, 2, K.B. 416, in cui fu deciso che la rinuncia ad un'azione legale per un *debt of honour* non è una *sufficient consideration* per la promessa di pagarlo, perchè non si ha una simile azione e quindi non si rinuncia a nulla.

3°) Lo scambio di denaro, o di altra cosa di genere, contro la promessa di una maggior quantità dello stesso genere, non costituisce una valida *consideration,* se non v'è alcuna diversità quanto al tempo o luogo di pagamento o simili (7); per esempio, un dollaro contro la promessa di 100 dollari da pagarsi nello stesso tempo e luogo.

Tuttavia non è difficile vedere come queste tre regole limitino la possibilità di un'indagine sulla *sufficiency of consideration* ai soli casi, in cui il giudice possa accertare tale *sufficiency* attraverso criteri strettamente *oggettivi* o quasi aritmetici (8), in modo che ne

---

senso più limitato che da noi (cfr. in proposito il mio articolo, *La teoria dell'oggetto del contratto,* nella rivista *Jus,* 1953). Ma allora, più che vedere una *insufficient* o *unreal consideration* (ANSON, *Contracts,* p. 93), si potrebbe dubitare della stessa seria intenzione di concludere un contratto.

Quanto all'*illusory promise,* la nullità di essa come *consideration* potrebbe anche dipendere da una questione di interpretazione o di caso concreto, o potrebbe anche trattarsi di una *honorary promise.* Cfr. ANSON, *Contracts,* pp. 94 e 53; *contra,* WILLISTON, *Contracts,* § 103 nota 8, e 104 ss.; cfr. anche MANCINI, *op. cit.,* p. 1057.

Quanto al caso *White vs. Bluett,* v. *infra* nella Casistica. Vol. II.

(7) Cfr. WILLISTON, *Contracts,* § 115; *Restatement* americano sui *contracts* §§ 76-78. Tuttavia la regola non è rimasta senza critiche, dato il carattere formale della *consideration;* cfr. MASON e FULLER in *Columbia Law Review* 1941 (citati sopra nella nota bibliografica al § 26) pp. 835-836 e 820 in relazione ad un celebre caso *Schnell v. Nell* (1861), 17, Ind. 29. - V. vol. II, Casistica.

(8) Il POLLOCK, *Contracts,* p. 150-151, osserva che la regola del Pinnel's case (v. sopra nota 5), per quanto paradossale, non è un'anomalia: « la sua logica numerica può essere arcaica, ma è strettamente logica. Il Tribunale non sa giudizialmente quanto possa valere un berretto di castoro, ma deve sapere che 10 sterline non ne valgono 20 ». Ciò il Pollock dice a proposito del patto di riduzione di un debito, patto che è nullo se il debitore si impegna semplicemente, come *consideration,* a pagare la minor somma, ma valido se il debitore vi aggiunge un berretto di castoro, un grano di pepe o se si im-

resti sempre esclusa un'indagine sul valore soggettivo attribuito dal promittente al *quid* richiesto o convenuto in cambio e così sui « *motivi* » che l'hanno indotto a richiederlo. Anzi, da un certo punto di vista, si potrebbe dire che quelle tre regole, e specialmente la prima, rafforzano quest'ultimo principio, appunto perchè, negando la validità della promessa in quei casi, si elimina la possibilità o la tentazione di indagini per vedere se vi sono motivi soggettivi o « cause », che spieghino e giustifichino, in casi simili, l'assunzione dell'obbligazione.

Del resto, quelle tre regole sono ben lungi dall'essere accolte senza discussioni (la 2ª e la 3ª) o dal rimanere senza critiche (la 1ª), critiche le quali, anzi, si sono spinte fino a progetti di riforma e di abolizione (v. proposte del *Law Revision Committee* inglese cit. sopra nella bibliografia al § 26 nota 1): v. *infra* § 35 *sub c.*

Gli è che il principio della *sufficiency of consideration,* o di un *something for something* sostanziale, doveva necessariamente ridursi alla modesta portata di queste tre regole, e cioè al cennato criterio strettamente oggettivo o quasi aritmetico. A ciò doveva necessariamente portare il principio dell'assoluta irrilevanza dell'*adequacy of consideration*: per questa via, sia pure indiretta, si doveva arrivare ad attribuire un carattere quasi formale, nel senso suddetto, allo schema del *bargain* o scambio. Salvo quelle tre regole, della cui portata si è detto, un *qualunque* « scambio », nel senso della *common law,* può giustificare la sanzione della promessa, qualunque sia l'entità o la natura o gli interessi o « cause » effettivi, per cui si è richiesto il *quid*. E ciò appunto perchè il principio dell'irrilevanza dell'*adequacy of consideration* preclude al giudice ogni indagine sul valore, sulla proporzione, sul carattere tipico

---

pegna a pagare un giorno prima. E', egli dice, una *consideration* pickwiniana! Senza di essa, occorre la forma dell'*act under seal.*

Basta confrontare questa concezione della *sufficient consideration* con la nostra *cause suffisante* (v. sopra § 10 segg.), la quale, ad escludere la forma, deve aver un certo valore sostanziale, per accorgersi dell'enorme divario che separa le due concezioni (a parte il carattere non formale della remissione di debito nella *civil law*: v. § 38).

o meno, futile o meno, della *consideration* o del negozio di « scambio », e degli interessi effettivi che l'hanno determinato.

Cosicchè si può dire, con un certo fondamento, che il carattere generico o astratto e così quasi formale dello schema del *bargain* (*v. infra* § 31 e 33) è il risultato *indiretto* dell'evoluzione del principio, per cui la *adequacy of consideration* è un elemento strettamente soggettivo, sul quale il giudice non può indagare. Via traversa o indiretta, che non deve far specie in un sistema, come quello della *common law,* che si è sviluppato empiricamente.

Senonchè questo risultato, una volta raggiunto, sia pure per quelle vie, tenderà ad affermarsi in modo cosciente, quasi come un principio, benchè discusso e discutibile.

c) *La nominal consideration.*

A rafforzare il risultato testè menzionato, e nel contempo a complicarlo, doveva concorrere un altro istituto, quello della *nominal consideration,* che riproduce il nostro *Launegild* e che continua, ben radicato nell'ambiente di *common law,* anche quando da noi il *Launegild* cadde in desuetudine (9). La *nominal consideration* è in realtà qualcosa di diverso dalla *consideration* di valore e importanza minimi (dal punto di vista comune o oggettivo). In questo secondo caso il promittente vuole effettivamente che si compia il *quid* richiesto come *consideration,* per un interesse che lo determina, benchè questo interesse non sia di liberalità o di pura liberalità.

Nella *nominal consideration,* invece, il promittente richiede quel *quid* simbolico, al solo fine di rendere valida, mediante lo schema dello scambio, la promessa determinata da puro spirito di liberalità (10).

(9) Si noti che la *nominal consideration* serve per rendere valida una donazione obbligatoria, mentre nel nostro diritto medievale la donazione, anche col *Launegild,* doveva essere reale (v. sopra §§ 3 e 5). Pei rapporti fra la *nominal consideration* e il *Launegild* v. POLLOCK e MAITLAND, *History* (*cit.* al § 26 nota bibliografica), II, p. 213; BRISSAUD, *op. cit.* sopra al § 3, p. 457.

(10) La *nominal consideration* è diversa dalla simulazione o donazione

Senonchè è difficile distinguere la *nominal consideration* dall'altra di valore oggettivo minimo, e ciò per l'irrilevanza dei motivi e per la sola rilevanza formale-letterale del *quod dictum est*. Nello stesso caso di *nominal consideration* si dice che l'intento di donare cade nell'ambito dei « *motives* » e come tale è irrilevante (11).

Questa difficoltà pratica di distinguere rafforza la tendenza verso un carattere formale o quasi della *consideration* e del *bargain*, e sembra confortare l'opinione che si tratta di uno schema per esprimere la volontà di obbligarsi in senso giuridico (v. § seg.).

Ma (ed è il solito *puzzle* della *common law!*) a complicare un'altra volta questa concezione e a confermare l'esigenza di un *something for something*, sia pur minimo (prescindendo dai motivi), sembra star la regola per cui la *nominal consideration* deve essere effettivamente data, e non basta un mero *recital of consideration* (12).

---

dissimulata sotto un contratto di scambio, che sarebbe valida, ad esempio, nel diritto francese e in altri (v. *infra*, § 38 in fine). Invero in questo secondo caso non si dà nulla, benchè si faccia figurare d'aver dato; è, in certo senso, il caso del *recital of consideration*, vedi *infra* nota 12.

Anzi, nel caso di *nominal consideration* non si tende a nascondere la vera natura dell'atto, che risulta evidente dal valore nominale della *consideration* o dal « *nummo uno* ».

(11) Cfr. l'interessante illustrazione nel *Restatement* americano sui *Contracts*, § 84, *Illustr. of clause a.* Un legale consiglia al cliente di farsi dare dal figlio un dollaro per promettere in donazione un fondo al figlio stesso. L'ottenere questo dollaro è la *consideration* valida di per sè, mentre lo scopo di donazione non è che uno degli irrilevanti « *motives or causes* » che possono indurre il promittente a fare la promessa.

(12) WILLISTON, *Contracts*, § 115 b; *Restatement* americano sui *contracts* § 82. Per la critica, in relazione al caso *Schnell v. Nell*, cfr. MASON, *Consideration* ecc. cit. nella nota bibliografica al § 26, p. 385 ss. A questa critica il WILLISTON ribatte che l'ammettere il *recital of consideration* equivarrebbe ad introdurre nella *common law* un nuovo tipo di obbligazione formale! Anche noi vorremmo aggiungere che, se così è, la *nominal consideration* dà luogo ad uno schema formale di scambio *soltanto* perchè è vietato di indagare sull'*adequacy of consideration* o sui *motivi* per cui il promittente l'ha richiesta. Ciò confermerebbe che a tale valore formale si arrivò soltanto per vie indirette, ma *praticamente efficienti!*

Quanto si è detto circa la validità di una *consideration* minima, effettivamente voluta come interessante pel richiedente, e la validità della *nominal consideration,* non è rimasto senza discussioni e contrasti, specie in tempi recenti, almeno negli Stati Uniti, discussioni che dànno luogo a gravi incertezze o addirittura ad un rompicapo. Da un lato si arriva ad un'indagine sui motivi per controllare la portata della *consideration* minima (13). Dall'altro, in alcuni Stati dell'Unione americana v'è la tendenza a tener conto dell'*adequacy of consideration.* Cfr. i codici degli Stati di: Alabama (anno 1940), California (1941), Georgia (1933), Montana (1935), North Dakota (1934), Oklahoma (1941), South Dakota (1939), citati dal PAGE, *op. cit.,* p. 511, nota 103. Cfr. anche i casi citati da WILLISTON, *Contracts,* § 115, nota 18; *consideration* di 25 *cents* ritenuta insufficiente per l'opzione su un terreno del valore di 100.000 dollari; o di 5 dollari per rinunziare a un'opzione del valore di 300, cinque dollari ritenuti una *consideration* « *grossly and shockingly inadequate* ».

Questi tentativi di conciliare lo schema formale o astratto dello scambio con l'esigenza di una certa *adequacy* hanno dato luogo alle più gravi incertezze, rompendo l'armonia del sistema. Cfr. in proposito, MASON, *op. cit.,* p. 836-837, secondo il quale si arriva così a porre requisiti formali ben più severi di quelli della *civil law* per rendere valida una *gratuitous promise* (che non è necessariamente una donazione: v. sopra § 28 *sub b*); sicchè l'efficacia dello schema formale del *bargain* diventa del tutto *impredictable.*

---

(13) Cfr. CORBIN, *Cases on contracts,* cit., p. 225-226 e LLEWELLYN ivi cit., il quale ne scrive: « Non è una regola sicura l'affermare che l'*adequacy of consideration* non è oggetto di investigazione da parte dei Tribunali, o che ogni *bargained for detriment* è una *sufficient consideration.* Le decisioni giudiziali indicano che i più sicuri sono i *bargains* in cui esiste una *good-faith equivalence* (equivalenza di buona fede). Esse indicano con altrettanta chiarezza che, se vi sono altre *persuasive reasons* (del tutto prescindendo dal valore scambiato) che spiegano o giustificano la promessa e la sua sanzione, allora non v'è alcun requisito di una adeguata *consideration,* e in tal caso il valore necessario per soddisfare il requisito legale della *consideration* può essere ridotto fino a non essere più che un *peppercorn* ».

§ 31

Lo schema del bargain come forma o criterio oggettivo per l'accertamento della volontà di contrarre un vincolo giuridico. - In nota: le recenti tendenze riformatrici.

Come s'è accennato al § precedente, il principio dell'irrilevanza assoluta dell'*adequacy,* la concezione tecnico-legalistica della *consideration* (v. § prec. nota I) e la *nominal consideration* sembrano condurre, per vie più o meno indirette, alla concezione del *bargain* come schema astratto o generico, quasi una forma, per contrarre un vincolo sul piano giuridico.

Di questo possibile sbocco dell'istituto basilare del *bargain* si sono resi pienamente conto gli autori di *common law.*

« L'atteggiamento della *common law* in materia di contratti è che una *gratuitous promise* non è giuridicamente sanzionata se non si osservano certe forme. Benchè comunemente si ritenga che la forma all'uopo fornita dalla *common law* sia una sola, essa può in realtà considerarsi duplice: sigillare un documento o colare una *gratuitous promise* nella forma di un *bargain,* il *bargaining* per un grano di pepe... Se fosse chiaro quando una parte ha l'intento di assumere un'obbligazione sul piano giuridico (*to incur legal obligation*)... allora sarebbe superfluo e anche sciocco di richiedere un'ulteriore prova (*test*) di tale intento. Si è perchè comunemente le persone non chiariscono in tal modo il loro intento, e perchè la *common law* tiene conto di questo fatto, che la stessa *common law* richiese una simile prova (*test*).... Ora il *bargain* o la forma del *bargain* è una prova eccellente. Oggi anche il più incolto profano del diritto intende che, se egli fa un *bargain,* si vincola in un modo che, com'egli sa, non è quello con cui si vincola, se promette gratuitamente di fare la stessa cosa. Quando la promessa è gratuita, il fatto che il promittente si dà la pena di far risultare la sua promessa nella forma di un *bargain,* o in quel modo speciale che noi chiamiamo *deed* (il documento sigillato), questo fatto è del pari efficace per indicare

l'intenzione di quel promittente di assumere, mediante la promessa formulata in tal modo, una *special obligation* » (1).

Il punto, in cui questo processo doveva naturalmente sboccare, era quello di trovare, oltre il *deed,* un sostituto dello schema del *bargain* per mostrare la volontà di obbligarsi giuridicamente. E questo

---

(1) Così HAMSON, *The reform of consideration,* cit., p. 241 segg.

Ma il ragionamento è comune a molti autori: cfr. FULLER, MASON, *opp. citt.* sopra al § 26 nota 1, rispettivamente p. 815, 820 e 832.

Il Fuller parla del bargain come « *natural formality* ». La dissimulazione della donazione sotto un contratto di scambio, la quale esime dalla forma autentica secondo la giurisprudenza francese (v. anche art. 488 cod. civ. egiz.), è considerata dal Mason come una forma.

Cfr. anche CHESHIRE AND FIFOOT, *Contracts,* p. 67-68; LORENZEN, *Causa and consideration* (cit. sopra al § 26 nota I) p. 640 segg. e autori ivi citati.

Il POUND, *An introduction to the philosophy of law,* 1925, pp. 256-257 e 280-281, rileva che chi fa una promessa senza richiedere un sacrificio al promissario, può aver promesso per ostentazione o senza intenzione seria di obbligarsi giuridicamente: *talk is cheap* (promettere a parole costa poco). Da questo punto di vista, secondo alcuni, il termine *consideration* allude anche all'idea di una riflessione prima di obbligarsi (POUND, *op. e loc. citt.;* SALMOND, *Jurisprudence,* § 124).

Holmes sostiene che all'origine la *consideration* (*executed*) aveva funzione di prova della conclusione del contratto (v. sopra § 26 nota 6). Pollock, *Contracts,* p. 144, nota 57, osserva che l'*executed consideration* tende in tal caso a confondersi con la *nominal consideration* e con l'arra (*earnest*): v. anche sopra § 3 *sub a.*

La tesi che la *consideration* in genere è soltanto una prova dell'intento di assumere un vincolo sul piano giuridico, era stata spinta all'estremo nel XVIII secolo nel famoso caso Pillans v. Mierop (1765) da Lord Mansfield, il quale riteneva che lo scritto potesse surrogarla in tale funzione (v. nota seg.). Ma questa *doctrine* (come altre del Lord *scozzese!*) venne respinta dalla House of Lords nel caso Rann v. Hughes (1778) con la chiara affermazione che nella *common law* una semplice promessa scritta è un *nudum pactum ex quo non oritur actio.*

Per una ripresa della tesi di Lord Mansfield, ma come proposta di riforma: v. anche HOLDSWORTH, *History of English law,* cit., VIII, p. 48.

Per la tesi (analoga a quella di Lord Mansfield, sia pure senza ammettere il surrogato dello scritto) che la *consideration* è una mera formalità, cfr. HOLMES, *op. loc. cit.;* MARKBY, cit. a nota 5; BUCKLAND e MCNAIR, *Roman law and common law,* p. 177.

sostituto si è creduto di trovare nella forma scritta: riforma, questa, ora tradottasi in legge, ora rimasta allo stadio di proposta (2). Una simile riforma viene spesso criticata, proprio in quanto si ritiene che lo scritto, anche accompagnato dalla parola « prometto » o simili, non vale, almeno secondo la mentalità e il costume dei paesi di *common law,* a provare quella volontà; e in quanto si ritiene che ad accertarla valga meglio lo schema dello scambio effettivo o apparente, in relazione fors'anche all'idea che l'uomo comune non sente impegnata la propria responsabilità senza la richiesta di un sacrificio altrui o senza la forma, anche apparente, di uno scambio (3).

---

(2) Per la riforma attuata in alcuni Stati dell'Unione americana, cfr. *Restatement* americano sui *Contracts,* § 11 *comment.* L'*Uniform Written Obligations Act,* proposto dalla *Commission on Uniform State Laws* nel 1925, è stato adottato da alcuni (pochi) Stati: esso tende a stabilire che non occorre la *consideration* per una promessa scritta (anche senza *seal*), purchè lo scritto contenga un'espressa dichiarazione, in qualsiasi forma di linguaggio, che il promittente intende essere giuridicamente obbligato (*legally bound*). Per le proposte di riforma, cfr. il *Report* del *Law Revision Committee* inglese del 1937 più volte citato.

Pound, *Introduction to the philosophy of law,* cit., p. 282, arriva a proporre di sanzionare ogni promessa fatta in circostanze tali che un uomo ragionevole possa considerarla come fatta con la volontà di vincolarsi giuridicamente. Sarebbe il trionfo del principio del nudo patto concluso *serio et deliberato animo* (v. sopra § 4 nota 20 e § 6). Una simile riforma, che implicherebbe un'indagine del giudice sui presupposti e sui limiti della volontà del promittente (che fanno tutt'uno con la volontà: v. sopra § 3 *sub b*), finirebbe per travolgere le basi del sistema di *common law* e per introdurvi la nostra *cause plausible* (v. sopra § 14 *sub e*).

Anche la *doctrine* sulla *reliance* di Lord Denning (v. sopra § 27 nota 2), in quanto richiede che si ricerchi l'intento di fare una promessa vincolante, approda allo stesso risultato, benchè corretto dalla ricerca dell'altro intento di fare una promessa *to be acted upon.* Più oggettivo il criterio del § 90 *Restatement* americano sui *Contracts* (v. § 27 *sub a*), ove la prevedibilità, da parte del promittente, del fatto che il promissario compirà un certo sacrificio fidandosi sulla promessa, può avere un certo valore oggettivo per indurne l'intento di contrarre un vincolo giuridico, specialmente se il sacrificio ha carattere molto definito (v. § 27 nota 3).

(3) Hamson e Mason, *opp. e locc. citt.* La critica è tanto più appropriata, in quanto lo stesso *Report* del *Law Revision Committee* inglese ammette che

Ma, a parte queste riforme o questi progetti di riforma, ci si può domandare:

1°) Lo schema del *bargain* ha oggi soltanto la funzione di indice o *test* dell'intento di assumere una *legal obligation?*

2°) Comunque, il *bargain* assolve sempre questa funzione?

Alla prima domanda sembra si debba dare risposta negativa.

Stanno a dimostrarlo:

— il principio basilare del *something for something* o, meglio, del sacrificio domandato, o di questa particolare *reliance* come base della responsabilità del promittente (v. § 26 *sub e*); principio che è sempre vivo e operante.

— le regole sulla *sufficient consideration,* anche se assai limitate, e specialmente la prima delle regole sopra menzionate al § 30 *sub b.*

— l'insufficienza del mero *recital of consideration* (v. sopra § 30 nota 12).

Anche alla seconda domanda, nonostante notevoli perplessità, sembra si debba dare risposta negativa. Certo il *bargain* adempie alla funzione del *test* dell'intento di contrarre un vincolo giuridico nel caso della *nominal consideration,* in quanto, dato il valore irrisorio di questa (un *peppercorn* o simili), quell'intento risulta chiaro (4).

---

lo scritto non è di per sè prova dell'intento di contrarre un vincolo giuridico, sicchè per la *gratuitous promise* il giudice dovrebbe sempre ricercare, dice il Report, se quest'intento di fatto sussiste (con le inerenti ricerche sulla « causa », obiettano i citati autori nella loro critica!). Si pensi al caso limite di una lettera scritta ad un amico promettendogli un prestito o l'uso gratuito di una cosa. Ad incertezze d'interpretazione può dar luogo anche il requisito dell'espresso intento di obbligarsi giuridicamente, posto dall'*Uniform Written obblig. Act* americano: v. nota 2; e in proposito la critica di Hays, *Consideration, a legislative program,* (cit. sopra § 26), p. 850 segg.

(4) Tuttavia, secondo lo spirito della *common law,* non si può indagare sul punto se la richiesta della *nominal consideration* o della *consideration* in genere fu fatta con l'intento esclusivo di dar valore giuridico ad una donazione ovvero con l'intento di un *bargain effettivo.* Un simile intento rientra nel campo dei *motives* e la *common law* vi resta maestosamente indifferente (v. sopra § prec. nota 11).Si pensi al caso curioso di una *nominal consideration* pattuita

Ma negli altri casi il *bargain* o la *consideration* non è sempre *conclusive of the intention to assume a legal obbligation.* Si pensi all'impegno reciproco per una partita a *golf*: può essere o non essere un *bargain* sul piano giuridico: ciò risulta dalle circostanze e richiede da parte del giudice un'indagine interpretativa che va al di là del mero criterio oggettivo o formale dell'esistenza di una *consideration* (5). Analogamente pei casi in cui può esser dubbio se il contegno richiesto al promittente sia una mera condizione sospensiva o una *consideration* (6). E questa indagine, per escludere l'intento di una *legal obligation,* i giudici hanno fatto anche in casi di promesse di danaro o simili per una *consideration,* casi che non

---

per rendere valido fra le parti un *negotiable instrument,* il quale di per sè mostrerebbe la volontà di contrarre un vincolo giuridico, ma che fra le parti non è valido senza una *consideration,* anche *nominal* (v. *infra* § 34 *sub d*). Ogni riforma o tentativo di porre delle forme o simboli particolari per le promesse a titolo gratuito, *in quanto tali* (anzichè una forma *omnibus*) si risolverebbe in una ricerca sugli scopi o moventi del promittente, cioè sulla c.d. *causa liberalitatis,* e finirebbe per introdurre nella *common law* il nostro concetto di donazione e di promessa a titolo gratuito.

(5) Alla possibilità di sanzionare giuridicamente (*enforceability*) simili promesse non farebbe ostacolo nella *common law* la difficoltà di liquidare il danno (anche nominale: v. sopra § 21 e *infra* § 33), quando risulti l'intento di obligarsi giuridicamente; intento che costituisce l'oggetto di una *quaestio facti,* non risolubile *a priori* col criterio oggettivo del *bargain*: cfr. ANSON, *Contracts,* p. 49.

(6) Si tratta di casi limite, in cui, *per sè,* il contegno richiesto potrebbe essere l'oggetto d'una *consideration,* ma anche di una *condition precedent* o di un mero presupposto di fatto. L'entità minima di quel contegno potrebbe, sotto questo aspetto, escludere l'idea di un *bargain* o di un *sacrificio* richiesto in cambio.

Così nel caso: « se vai al negozio all'angolo, puoi comperare un abito a mie spese ». Oppure: « Ti prometto 500 dollari, *quando* (*non* « *se* ») andrai all'Università ». Cfr. in proposito WILLISTON, *Contracts,* §§ 100 e 112 e *Restatement* americano sui *Contracts* § 75 *Illustrations.* O, ancora, nel caso « ti prometto una nuova auto Rolls Royce, se vai a prendertela al garage »: cfr. CHESHIRE AND FIFOOT, *Contracts,* p. 67, il quale, tuttavia, fa osservare come in alcuni casi la questione diventi assai delicata: v. il caso Wyatt v. Kreglinger (1933) I K.B. 793 ivi cit.

hanno spesso quel carattere di meri rapporti sociali o di cortesia (7).

Tutto ciò che si può dire è che, quando la promessa e la sua *consideration* pongono in essere un rapporto di scambio tipicamente economico, v'è implicato l'intento *to assume a legal obligation,* salvo *espressa* riserva contraria (ma ciò anche nella *civil law,* v. sopra § I in fine, specie nota 4); e che, nel campo dei rapporti di scambio non tipicamente economico, ove tuttavia una delle promesse o delle prestazioni abbia valore economico (specie come prestazione di « dare »), la *consideration* costituisce una presunzione di quell'intento, salvo prova contraria deducibile anche da presunzioni (a differenza dell'*act under seal,* che non ammette questa prova).

In altri termini, tutto ciò che si può dire si è che la *common law,* avendo eliminato dalle promesse giuridicamente *enforceable* quelle gratuite (nel senso tecnico di promesse senza *consideration* di che al § 28 *sub b*), ha con ciò eliminato il campo in cui la questione dell'intento giuridico sorge più facilmente e con maggior rilievo. Invero, l'altro campo in cui essa sorge, quello dei rapporti di

---

(7) V. sopra § 1 nota 4 e casi ivi citati pei quali rinviamo al vol. II. Si pensi anche al caso, fatto da Pothier, di un padre che promette al figlio una somma per fare un viaggio di piacere (v. sopra § 5 *sub b*): caso in cui il fare il viaggio può rappresentare nella *common law* una *consideration* (v. nel vol. II il caso Devecmon v. Shaw), ma in cui mancherebbe, anche secondo la *common law,* l'intento di contrarre un vincolo sul piano giuridico.

Che la presenza di una *consideration* non sia di per sè il *test* di un simile intento è stato sostenuto e dimostrato da vari autori: cfr. LORENZEN, *Causa and consideration* (cit. sopra al § 26 nota 1) pag. 640 segg. e MARKBY, *The elements of Law* cap. XV ivi cit., CHESHIRE AND FIFOOT, *Contracts,* p. 83-84 e 87; e il *Report* del *Law Revision Committee* inglese più volte cit. *Contra*: WILLISTON, *Contracts,* sopra cit. al § 1 nota 4. Per la critica della tesi di Williston, v. CHESHIRE AND FIFOOT, *op. cit.* p. 87-88, ove si dimostra chiaramente che l'intento di contrarre un vincolo giuridico è necessario anche nella *common law* e che tutto ciò che si può dire, si è che per ricercare tale intento (a protezione dell'altro contraente) la *common law* si attiene ad un criterio oggettivo, cioè all'*objective standard of a reasonable man.* Secondo noi, tale *objective standard* è in genere offerto dal contratto tipico specie di scambio (v. sopra § 1 in fine).

Su tale tesi di Williston, cfr. anche WRIGHT, nella sua recensione al trattato di WILLISTON, in *Law Quarterly Reviev,* 1939 p. 200-203.

scambio non tipicamente economico, è un campo che si riduce a ben poco, cioè al caso dei rapporti normalmente sociali o di cortesia; ed è comunque assai ristretto, anche quando una delle promesse o delle prestazioni ha un valore economico (v. § 14 *sub c*).

Per concludere su questi punti: il volto della *consideration* è ambiguo: semplificazione eccessiva sembra l'affermare che essa ha la mera funzione di accertare la volontà di obbligarsi in senso giuridico e non anche quella di giustificare la sanzione della promessa con un sacrificio del promissario, e sia pur questo un sacrificio minimo per la classica « ipocrisia » dei sistemi formalistici.

La più recente evoluzione della *common law* ci mostra così due tendenze, le quali tuttavia si possono far risalire a origini e sviluppi assai più lontani, o si possono far risalire, se si vuole, all'obbligazione nascente dalla forma e a quella nascente dalla *reliance*:

1°) Secondo una corrente, si tende a fondare l'obbligazione contrattuale sulla volontà di contrarre un vincolo *giuridico,* e sul generico affidamento (di solito, mediante la nostra accettazione: § 17) che essa desta; purchè tale volontà risulti in certi modi oggettivi: dall'*act under seal* allo scritto, ivi compresa la *nominal consideration.* Questa corrente rappresenterebbe la decadenza del puro atto formale *under seal,* quel processo di decadenza della forma che si è avuto un po' dappertutto (v. § 34 e 38 in fine) e che sul continente avrebbe portato, secondo Savigny, alla trasformazione della *stipulatio* nel patto nudo (v. sopra § 6).

2°) Secondo un'altra corrente, si tende a fondare l'obbligazione contrattuale sulla *reliance*: non quella peculiare *reliance* che consiste nell'eseguire un sacrificio *richiesto dal promittente,* ma quella che consiste in un fare o in un astenersi dal fare qualcosa, che costituiva un normale presupposto dell'affare o che era ragionevolmente prevedibile si facesse o non si facesse (v. sopra § 27 *sub a*). E probabilmente questa corrente, almeno in Inghilterra, si limita a certi casi piuttosto tipici, come l'*option* e altri (v. sopra § 27 *sub a* nota 2).

Se uno scrittore di *civil law* può esprimere la sua opinione al riguardo, questa seconda corrente sembra più conforme allo spirito

della *common law*. Ma le correnti, in quanto la prima si attenga sempre ad un criterio formale (8), possono anche combinarsi e comporsi (9).

NOTA: *la recente polemica per la consideration e le tendenze riformatrici. La teoria della funzione economico-sociale del contratto.*

Come il lettore avrà notato leggendo questo e i precedenti paragrafi, è in atto nei paesi di *common law* un processo di revisione dei fondamenti del contratto, con una discussione, talvolta polemica, fra chi critica e chi sostiene il principio della *consideration* o del *bargain* e i connessi atteggiamenti della *common law* (10). Ma con tutto questo non si arriva ad ammettere il principio del nudo patto o del valore della semplice promessa fatta *serio et deliberato animo*. Anche prescindendo dalle due correnti sopra menzionate (per un *quid* analogo ad una *stipulatio* scritta o per la *reliance*), ciò cui si tende è di porre accanto alla *consideration* dei casi, abbastanza tipici, specie di *business-promises* non costituenti un *bargain* (v. § 35 *sub c*) o anche di *past consideration* (v. § 28), in cui i requisiti dell'intento di contrarre un vincolo giuridico e dell'affidamento concreto sembrano soddisfatti dalla stessa pratica dell' affare. *Business-promises* sarebbero le promesse interessate (v. § 16) diffuse e abbastanza tipiche nella pratica degli affari. Su questa via, che può assomigliare a certe altre del diritto romano, si tende a procedere mediante la *judge made law* piuttosto che mediante la legislazione (11).

(8) Non, quindi, al criterio dell'uomo ragionevole: v. POUND, cit. sopra a nota 2.

(9) Cfr. in questo senso FULLER, *Consideration and Form*, (cit., al § 26 nota 1); specialmente a pag. 823 sul futuro sviluppo della *reliance*.

(10) Per la conservazione del principio del *bargain* e della forma: v. HAMSON, per l'Inghilterra; e, per l'America, PAGE, citt. sopra al § 26 nota 1: nonchè BALLANTINE e WHITESIDE citt. da MANCIÑI, *La Consideration* ecc. p. 1068 segg. cit. *infra* § 37.

Fra i critici: v. POUND, sopra cit., i vari articoli della *Columbia Law Review* 1941, Vol. 41, citt. sopra al § 26 nota 1; Lord WRIGHT e Lord DENNING, cit. al § 27; il *Report* del *Law Revision Committee* inglese più volte cit.; nonchè altri autori citati da Mancini, *op. e loc. citt.*

(11) Cfr.. autori citati a nota precedente e Mancini, *op. e loc. citt.* Chiaramente per una riforma concernente determinati tipi di promesse: HAYS, *op. cit.*, sopra al § 26 nota 1, p. 856 segg.

Per le tendenze recenti, specie in America, a liberare dal requisito della

Il processo legislativo è stato adottato, ma con cautela, soltanto da alcuni (pochi!) stati dell'Unione Americana.

I progetti di riforma legislativa, poi, vanno molto a rilento: si è in genere, più che cauti, diffidenti. Le proposte del *Law Revision Committee* inglese del 1937, dopo le critiche ricevute, dormono ancora. In senso riformatore han fatto di più alcuni giudici inglesi (v. § 27 *sub a*).

Le tendenze riformatrici della *common law* corrono sulle direttive sopra menzionate, e rappresentano così i problemi essenziali nella storia del contratto. Si tratta, come si esprimeva un Collega a Cambridge, di riforme «tecniche»; e voleva dire: aliene dall'intrusione di ideologie politiche o pubblicistiche.

La teoria della funzione economico-sociale sembra estranea all'evoluzione e alle prospettive anche recenti del *contract* di *common law*. Richiamiamo quanto detto sopra al § 19 *sub c* in fine e *sub e* in fine.

Il c.d. dirigismo contrattuale è attuato nei paesi di *common law*, anche in Inghilterra sotto il Governo laburista, con norme speciali ad oggetto determinato (come, del resto, da noi), senza che se ne possa trarre un nuovo principio generale di ordine pubblico: l'utilità sociale del contratto.

L'articolo del FULLER, *Consideration and Form, Columbia Law Review*, 1941, vol. 41, p. 799 segg. (cit. al § 26 nota 1), considera la «*social utility*» e cita all'uopo DEMOGUE (v. sopra § 19 note 1, 15 e 30), ma la considera soltanto come *una* delle spiegazioni del riconoscimento giuridico del contratto di scambio economico (p. 817). E, pur riconoscendo che nel futuro, dati gli attuali indirizzi, il contratto di diritto privato perderà importanza come strumento di scambio economico, ammette sempre la forma e la *nominal consideration*, specie nei contratti a interessi non economici (v. p. 817-818 e p. 822-823): v. anche il nostro § 19 in fine.

L'articolo di Hays, *Consideration: a legislative program*, nella stessa *Columbia Law Review*, cit. p. 849 segg. è un attacco a fondo contro la forma del *seal* o del semplice scritto (secondo le riforme o proposte di rifor-

---

consideration le *business-promises* non costituenti un *bargain* (v. § 35 *sub c*), cfr. oltre HAYS, *op. e loc. citt.*, il progetto nordamericano per un *Uniform commercial code* e su di esso, MANCINI, *La Consideration, ecc.* (cit. *infra* § 37) p. 1041.

Su una simile tendenza, specie per l'*option* e l'offerta irrevocabile, in quanto *business-promises*, v. LLEWELLYN e altri citati sopra al § 26, nota 1. Cfr. anche il mio articolo, *La causa nel pensiero dei giuristi di common law*, cit. *infra* al § 37.

ma in questo senso), come mezzo per accertare (formalmente) la volontà di obbligarsi giuridicamente. E ciò in quanto, sostiene Hays, l'obbligazione non dovrebbe fondarsi su questa semplice volontà, in quanto, cioè, non ogni promessa, fatta *serio et deliberato animo* con la forma o suscitante una *reliance* nel promissario, dovrebbe essere assistita dalla forza dei Tribunali. Quando un Tribunale interviene, ciò dovrebbe essere « *to advance some interest of the social organization* ». Qualche scopo socialmente utile dovrebbe essere servito per giustificare l'impiego della forza dei Tribunali. « La sanzione dei contratti di scambio economico (*business exchange promises*) ha una parte importante nel funzionamento del nostro sistema economico. Tali promesse sono sanzionate, non a causa della solennità o dell'intento di obbligarsi giuridicamente, nè perchè vi è una *consideration,* ma semplicemente perchè il funzionamento effettivo della organizzazione sociale richiede tale sanzione ». Perciò, continua il Hays, dovrebbero essere sanzionate soltanto le promesse che siano rilevanti per l'organizzazione economica o per quella morale della società: *promises significant either to the economic or to the moral organization of Society* ».

Su questa linea il Hays giustifica il requisito della *consideration* (sostanziale) dal punto di vista dell'interesse sociale allo scambio economico.

Per gli altri contratti, in cui non vi sia questo scambio o *bargain* sostanziale, egli propone il riconoscimento soltanto di alcuni *tipi* che presentino interesse sociale (l'*option,* ad esempio). E, quanto alle donazioni, non gli pare necessario o utile sanzionarne la promessa (dato che la promessa è assai rara, e che nella maggior parte dei casi la donazione è reale o eseguita), salvo, anche qui, in alcuni casi tipici in cui v'è l'interesse della *moral organization of society.*

Ovviamente queste proposte, che, quanto alle donazioni, vanno perfino al di là delle nostre teorie sulla funzione economico-sociale (v. sopra § 19), sono cose *de jure condendo.* Nella realtà le riforme e le proposte di riforma delle varie *Law Revision Commissions* in America e altrove e le tendenze della giurisprudenza, come riconosce lo stesso Hays (v. il caso Cochran v. Tailor, 1937, C. A. New York), sono nel senso di riaffermare il valore della forma e, se mai, di allentare i requisiti come quello della *consideration* per arrivare alla sanzione di ogni promessa o formale (a forma meno rigida) o che abbia determinato una certa *reliance* o abbia una certa *past consideration* (v. sopra). Il requisito, quanto all'interesse sociale, è soltanto quello della liceità o che il contratto non rechi danno alla società, requisito ben diverso da quello dell'utilità sociale (v. anche § 19 *sub c*).

§ 32

La preoccupazione per l'accertamento della volontà di obbligarsi giuridicamente e l'esigenza della libertà del volere

a) *Responsabilità severa o strettamente contrattuale: interpretazione stretta.*

A chi mediti su quanto si è detto nel § prec. appare chiaro che nella *common law,* più che da noi, esiste una certa preoccupazione per l'accertamento della volontà di contrarre un vincolo giuridico. Ciò dipende da un duplice ordine di ragioni:

1°) La responsabilità del promittente o *legal obligation* è concepita in modo assai severo o strettamente contrattuale. Il promittente è tenuto in base a quanto ha promesso e per aver promesso (responsabilità strettamente contrattuale) e non in base a criteri o situazioni extra contrattuali di giustizia o simili (1). Questa responsabilità è, in fondo, sempre quella uniforme e non graduata di una promessa formale o a titolo oneroso (*bargain*), anche quando la promessa è sostanzialmente a titolo gratuito, poichè la *gratuitous promise* per sè non è riconosciuta (v. sopra § 28 *sub b;* v. anche § 3); o, quando è riconosciuta, lo è in via eccezionale e si accentua, in tal caso, il concetto che la responsabilità non deriva dal semplice fatto di aver promesso; al punto che la responsabilità per una promessa gratuita non ha carattere contrattuale (v. sopra § 27 *sub b*).

---

(1) Per esempio, lo stato di bisogno, la sopravvenienza di figli nelle donazioni; il bisogno della cosa promessa in un prestito gratuito, e altre circostanze (v. sopra § 14 *sub e*). Così, quanto alla donazione, il donante (mediante atto formale o *nominal consideration*) ha gli stessi obblighi e responsabilità di un venditore (si ricordi che pel diritto medievale nella donazone mediante *Launegild* si era tenuti alla *defensio* e alla garanzia per evizione: v. sopra § 3; e, invece, quanto alla *civil law* moderna, sopra § 15). Ciò non significa che nella *common law* donante e venditore siano tenuti alla garanzia per evizione, specie quanto ai diritti immobiliari.

Non solo, ma nello stesso caso della promessa formale o del *bargain,* la promessa è concepita come garanzia di un risultato, piuttosto che come promessa o obbligazione di una prestazione, cioè di tenere un certo contegno o condotta: concetto, quest'ultimo, proprio della *civil law.* Sicchè, salvo che vengano poste delle espresse riserve o limitazioni alla promessa, questa vale come garanzia del risultato, anche se la prestazione è originariamente impossibile o lo diviene per caso fortuito, secondo i concetti della *civil law* (2).

2°) L'interpretazione è stretta, rigorosa. Ciò si connette a quanto si è detto testè, specialmente circa la necessità di riserve o limitazioni espresse di una promessa che vale garanzia di un risultato, anche per le promesse sostanzialmente a titolo gratuito: v. anche sopra § 30 *sub a* (3). Non rilevano quindi, anche sotto l'aspetto sog-

---

(2) Per questa concezione cfr. HOLMES, *The common law,* cit. (1881), p. 297 e 301; POLLOCK, *Contracts,* p. 227 segg.; WILLISTON, *Contracts,* § 1031 e 1979; STEPHEN'S *Commentaries on the laws of England,* London, 1950, II, p. 82 segg.; e il mio articolo, *La teoria dell'oggetto del contratto, ecc.,* nella rivista *Jus,* 1953 p. 298 segg.

Questa rigida concezione della promessa come garanzia si è assai mitigata nella *common law* moderna, specie a mezzo delle *implied conditions* (come nel caso di cosa perita prima della vendita). Ma questi casi sono sempre considerati come eccezioni, e la concezione della garanzia di un risultato, salvo espresse limitazioni, resta sempre basilare e la si giustifica col bisogno di certezza dei rapporti giuridici (STEPHEN'S, *op. e loc. citt.*). Cfr. in proposito anche LAWSON, *The rational strength of English law,* cit., p. 53-54.

(3) Ciò non significa necessariamente che, quando si tratta di ricercare l'intenzione *comune* dei contraenti, l'interpretazione debba essere stretta (così pel caso della *implied conditions,* dell'errore comune a entrambe le parti, della *frustration of contract,* ecc.: v. il mio articolo in *Jus* succitato). Qui si ammette spesso la ricerca della volontà comune anche se male espressa, o espressa in modo tacito o implicito. Ma non si ammette quella ricerca, quando si tratta di interpretare la dichiarazione del promittente in contrasto col significato che vi ha attribuito o vi può aver attribuito con la sua *acceptance* il promissario (sull'*acceptance,* v. § 29). V., ad esempio, il caso Haigh v. Brooks nel vol. II. LAWSON, *op. cit.,* p. 54-56, osserva che probabilmente nella *common law* l'interpretazione, specialmente del contratto scritto, non è in pratica più stretta di quella della *civil law.* Ma, in quanto si tratti di interpretare la dichiarazione di ciascuna parte e i suoi presupposti, anche Lawson ammette col Hamson che il

gettivo o dell'intento del promittente, certi presupposti normali (normali, almeno secondo il nostro modo di vedere) nelle promesse a titolo gratuito: v. § 3 *sub b* e § 14 *sub e*. Nè rilevano tutti quei presupposti o limitazioni, anche se inespressi, che fanno tutt'uno con la volontà di obbligarsi in una libera ricerca di questa volontà: v. § 3 *sub b*.

Questi due connessi atteggiamenti della *common law* han fatto dire ad un autore (HAMSON, *The reform of consideration*, più volte cit.) che la responsabilità del promittente nel *contract*, in senso proprio, della *common law*, è analoga a quella derivante dalla *stipulatio* romana.

Era naturale, quindi, che di fronte ad un concetto così severo della responsabilità contrattuale la *common law*, cioè i suoi giudici, si preoccupasse di accertare con criteri il più possibile oggettivi, e sentiti nel costume, l'intento di contrarre una *legal obligation*. Tali i criteri della forma (*act under seal*) e della *consideration* anche *nominal* (v. il passo di HAMSON riferito nel § prec. *sub a*). Si poteva ammettere che, nonostante la presenza di una *consideration*, potesse mancare quell'intento; ma non che esso potesse risultare in altri modi (v. tuttavia specie per la *doctrine* della *reliance* § prec. nota 2 e § 27 *sub a*). L'incertezza sull'esistenza di quell'intento, se non si presenta in certe *business-promises* (v. *infra* § 35 *sub c*), si presenta in modo particolare per le promesse non formali a titolo (veramente) gratuito di dare, fare, prestare, ecc., e per le promesse aventi una *past consideration*.

b) *L'esigenza della libertà del volere.*—

Tuttavia la *common law*, nonostante quella sua rigida e severa concezione della responsabilità, sia nel dichiarare che nell'adempiere la promessa (una specie di garanzia), si è dimostrata più esigente dei diritti formalistici primitivi, del diritto romano e della stessa *civil*

---

contratto è *stricti iuris*, in relazione anche alla *doctrine* della *consideration* e al concetto di garanzia di cui a nota 2 (*op. cit.*, p. 53 e 57).

law moderna, nell'accertare e garantire la libera formazione del volere. Essa è sospettosa e attentissima, quando si tratta di vedere se la volontà del promittente era libera da influenze *esterne,* poichè soltanto a questa condizione si può imporre, in un sistema di giustizia, quel severo principio di responsabilità. Ciò è stato sopratutto l'effetto dell'intervento dell'*equity* ed uno dei felici risultati di un sistema che ha accoppiato e coordinato una fonte di diritto stretto con una fonte di carattere equitativo fondata sui principii canonistici della buona fede e della coscienza (v. sopra § 25 *sub b* n. 10). Basti ricordare in proposito:

1°) Le regole sull'*undue influence,* per cui ogni rapporto fra le parti, che possa dar luogo all'influenza dell'una sull'altra, può portare praticamente all'annullamento dell'atto (con l'inversione dell'onere della prova): rapporti fra padre e figlio, avvocato e cliente, confessore e penitente, medico e paziente, fidanzato e fidanzata, *trustee* e *cestui que trust.*

Ma l'*undue influence* o la *fraud,* con l'inversione dell'onere della prova, si estende anche ai casi in cui non v'è una posizione di influenza personale, ma in cui da speciali circostanze o condizioni di una parte, nasce la presunzione di un abuso del potere che l'altra parte ha a seguito di tali circostanze o condizioni (4). Si veda, per una certa analogia, l'estensione del concetto di *cause raisonnable* o *plausible,* da parte della giurisprudenza francese, ai contratti tipici di scambio: sopra § 23. Le regole sull'*undue influence* proteggono il contraente più che le nostre regole sulla violenza (v. LAWSON, *op. cit.,* p. 59 e 59).

2°) Il principio che è frode *sfruttare* le condizioni di bisogno o in genere di debolezza o inferiorità dell'altro contraente, e che, da questo punto di vista, la *gross inadequacy of consideration* può esse-

(4) Cfr. ANSON, *Contracts,* p. 144 e 195-202; POLLOCK, *Contracts,* p. 485 segg.; CHESHIRE AND FIFOOT, *Contracts,* p. 252 segg.; *Rest.* americano sui *Contracts* § 497 segg.

Si tratta di un intervento dell'*equity* a mitigare il rigore delle Corti di *common law* (v. sopra § 25 *sub b* n. 10).

re « *evidence of fraud or undue influence* » (5). Questo principio sull'« *exploitation* » è ammesso anche nella *civil law*, ma non forse nei lati termini e con la portata pratica, anche quanto all'onere della prova, con cui è ammesso nella *common law* (v. nota 4): v. tuttavia la giurisprudenza francese richiamata al § 23.

3°) La *misrepresentation*, per cui un errore, che sarebbe magari irrilevante nella *civili law*, diventa rilevante in quanto sia determinato da una semplice affermazione o *statement*, anche non dolosa, dell'altra parte: *innocent misrepresentation* (6).

Viceversa l'errore che non sia determinato dal contegno dell'altro contraente, non è rilevante, salvo alcuni casi eccezionali in cui esso determina addirittura la nullità del contratto (7).

4°) La tendenza a giustificare la regola dell'invalidità della *consideration*, che consiste nell'adempimento di un preesistente obbligo, con una esigenza di *fairness* fra contraenti, per cui non sembra *fair* farsi promettere qualcosa (es. un supplemento di prezzo) per eseguire un precedente contratto o un precedente dovere (v. sopra § 30 nota 5 e *infra* § 35 *sub c*) (8).

---

(5) Cfr. POLLOCK, *Contracts*, p. 142; CORBIN, *Cases on contracts*, cit., p. 222-223 e 226; WILLISTON, *Contracts*, § 115. Anche qui si è fatta sentire l'opera delle Corti di *equity*. Questa tuttavia, almeno nella *common law* inglese, non è ancora intervenuta per la tutela del contraente più debole nel contratto di adesione: cfr. LAWSON, *op. cit.*, p. 71-72.

(6) Cfr. ANSON, *Contracts*, p. 169 segg.; POLLOCK, *Contracts*, p. 426 segg.; CHESHIRE AND FIFOOT, *Contracts*, p. 216 segg.; *Restatement* americano sui *Contracts*, § 470 segg. Anche qui l'estensione del rimedio per la *misrepresentation*, anche quando lo *statement* non costituisce una clausola del contratto, è opera dell'*equity*.

Sulla possibilità che l'*innocent misrepresentation* renda annullabili dei contratti che non lo sarebbero per l'errore nella *civil law*: v. espressamente LAWSON, *op. cit.*, p. 62.

(7) Su questo punto e sui possibili sviluppi della *common law* mediante l'*equity*, cfr. LAWSON, *op. cit.*, p. 64 segg.

(8) La regola è parsa antiquata e se ne è proposta la riforma, limitandola ai casi in cui essa può aver la cennata giustificazione, cioè ai casi in cui il debitore o il soggetto di un dovere preesistente, anche di natura non patrimoniale, sfrutta gli imbarazzi in cui può trovarsi il creditore per la necessità di agire

Quanto alla clausola penale e alla relativa influenza dell'*equity*, v. *infra* § 33.

Ma una volta che, attraverso questi stretti vagli, risulta la libertà del volere da influenze esterne, una volta accertata la capacità delle parti di giudicare dei loro interessi, dopo aver opposto al promitten-

---

giudizialmente, con le relative spese, ritardi e incertezze e così ne ottiene la promessa di un compenso o di un aumento di prezzo per compier ciò che già deve. Per le proposte di riforma in questo senso v. il *Report* del *Law Revision Committee* inglese cit.; HAMSON, *The reform of consideration*, cit., al § 26 nota 1; CORBIN, *Cases on contracts*, cit. sopra, p. 284 in nota, pei vari casi e mezzi di sfruttamento, da parte del debitore, della posizione del creditore.

Cfr. anche il mio articolo, *La rinuncia, il contratto modificativo*, ecc. in *Riv. dir. comm.* 1952, I, p. 409-410.

Il caso assai comune è quello del contratto d'appalto o di locazione d'opera, in cui l'imprenditore si rifiuta di continuare i lavori senza un aumento di prezzo, sotto pretesto di errori di progetto, aumento dei prezzi, ecc. (v. in proposito anche § 30 nota 5). In questo e simili casi la *civil law* non offre un rimedio specifico, che vada al di là di quello generico per violenza o simili. La nostra legge richiede al massimo una promessa scritta (art. 1659 c. civ. ita.; 1793 c. civ. francese, ecc.).

Da questo punto di vista la *common law*, se la regola di che nel testo venisse come sopra giustificata e limitata ai casi di sfruttamento, si mostrerebbe assai più sensibile della *civil law*. Si veda tuttavia POTHIER, *Traité des obligations*, n. 43 e 46, ove si fa l'esempio del debitore espropriato che si fa promettere dall'aggiudicatario un compenso per consegnargli i titoli di proprietà del fondo.

In questo caso e in genere nella promessa di compenso per l'adempimento di una precedente obbligazione giuridica (*parfaite*), il Pothier distingue a seconda che il compenso sia stato preteso dal debitore ovvero promesso spontaneamente, nel quale ultimo caso si avrebbe una liberalità o una promessa in adempimento di un dovere morale di aumentare il prezzo (*past consideration* nella *common law*).

Ma Pothier vede in questi casi, per cui porta l'esempio surriferito, una *cause illicite*, oltre che una *cause qui blesse la justice*, o contro la buona fede, al punto che egli arriva a concedere anche un'azione in ripetizione del compenso che sia stato poi pagato. E' dubbio se, oltre a questi casi estremi, la concezione del Pothier si possa estendere nella *civil law* anche a quei casi in cui la concezione della *common law* (pur come sopra riformata) si applicherebbe.

Forse per una generica applicazione del genere potrebbe servire l'estensione del concetto di *cause plausible* fatta dalla giurisprudenza francese, quando non servano le comuni regole sull'*exploitation* (v. sopra § 23).

te le remore di forme o di schemi formali, e in un ambiente ove è costume di fare dichiarazioni dettagliate quanto ai presupposti o condizioni e di stare così al *quod dictum est,* dopo tutto ciò si ritiene giusto che il promittente paghi, senza limitazioni, riserve o presupposti e senza la possibilità di eccezioni sull'adeguatezza, la sufficienza, la plausibilità, la futilità, l'atipicità della « causa » o simili.

Diverso è l'atteggiamento dell' *equity,* quando si tratta della volontà di creare un *trust* o di assumersi gli obblighi di *trustee* (v. *infra* § 38). Ma il *contract,* nelle mani delle corti di *common law,* doveva assumere quel carattere di severità (v. sopra § 25 *sub b* n. 10).

§ 33

Il carattere atipico del contract: la causa suffisante e la cause juste nel sistema delle sanzioni.

a) *Riassunto sulla tipicità nella civil law e comparazione con la common law: la cause suffisante e la cause juste in equity.*

Se volessimo riassumere quanto si è detto a questo proposito per la *civil law* (v. § 1, §§ 7 a 15: e 24), si potrebbe dire che nella *civil law* le promesse per le quali *sembra* essere sufficiente la volontà del promittente (con l'accettazione altrui) sono quelle che fanno parte di un contratto di scambio tipicamente economico.

Poichè la soddisfazione, mediante il contratto, di un interesse si può ottenere in due modi, cioè promettere un compenso per ottenere quella soddisfazione o farsela promettere (1), il contratto di scambio tipicamente economico, secondo la concezione della *civil law,* è quello in cui si promette un compenso per averne in cambio una

(1) Su questo punto v. il mio articolo sul contratto a interessi non economici, richiamato anche al § 19 nota 39 e di prossima pubblicazione.

prestazione tipicamente economica (senza la controbbligazione di compierla), o quello in cui ci si fa promettere una simile prestazione promettendo o eseguendo in cambio una prestazione avente analogo carattere. La prima posizione è quella del promittente; la seconda, quella del promissario.

In questi contratti l'obbligazione *sembra essere* schiettamente contrattuale, cioè derivare dal solo fatto di aver promesso (con l'accettazione altrui) e nella misura di quanto si è promesso. Non si richiede la forma (a parte le forme speciali di che al § 18); nè sembra occorra una *causa giustificativa* che determini la responsabilità, la sua misura, certe regole speciali di interpretazione o una certa rilevanza dei motivi o presupposti. In realtà, non è che basti il semplice fatto di una promessa accettata (c.d. mero consenso): il carattere tipicamente economico del contratto di scambio, in cui la promessa è inserita, è invece quello che spiega e giustifica le cennate conseguenze. E questo carattere costituisce una specie di *vestimentum,* come c.d. *causa civilis* (v. sopra § 13 *sub d*).

Tutti gli altri contratti hanno un trattamento speciale, in quanto occorre talvolta la forma dell'atto notariale, tal altra una ragione che spieghi la promessa e ne giustifichi la sanzione: una ragione che, comunque, influisce sulla misura della responsabilità, sulle regole di interpretazione e sulla rilevanza di certi motivi o presupposti (v. §§ 7 a 15 e 20 *sub b*). E questa ragione, sotto l'aspetto di una bilancia di giustizia o proporzione fra l'interesse del promittente e quello del promissario, può anche arrivare ad escludere la sanzionabilità della promessa (v. § 14 *sub e,* 14 *bis* e 20 *sub b*).

Rispetto a questi altri contratti la *civil law* non offre uno schema contrattuale atipico o *omnibus,* come la forma pura o il *bargain* generico o nominale, che valga a rendere sanzionabile la promessa pel semplice fatto di aver promesso e nella misura di quanto si è promesso, come avviene pei suddetti contratti di scambio tipicamente economico.

Questi altri contratti, che hanno un trattamento speciale e che

abbiamo chiamato in certo senso atipici o fuori dell'ordinario *contractus* come scambio (v. sopra § 26 nota 18), sono:

1°) Le promesse gratuite (gratuite nel senso della *civil law*, v. sopra § 28 *sub b*), che escono in certo senso dal *contractus* tipico, ma in cui l'interesse del promittente non è necessariamente lo spirito di liberalità (v. § 9).

2°) Le promesse di dare un bene economico o di un compenso per ottenere in cambio la soddisfazione di un interesse non economico o, meglio, per ottenere una prestazione che non rappresenta un sacrificio economico, o un sacrificio economico adeguato per il promissario. Qui si presenta spesso il problema della distinzione fra la donazione *cum onere* e il contratto di scambio tipicamente economico (v. § 10 e, in certo senso, anche il problema menzionato al § 20 *sub b*).

3°) Le promesse per una *causa praeterita* (v. § 11).

4°) Le promesse in cui il promissario si fa promettere (2) la soddisfazione di un interesse non tipicamente economico, e per le quali si presenta il problema di sanzionarle in qualche modo (v. § 14 *sub c.* e § 21 *sub a* nota 2). Queste promesse possono essere a titolo oneroso (cioè ottenute mediante la contropromessa di un compenso di carattere economico o anche non avente tale carattere) o, per quanto il caso sia rarissimo, a titolo gratuito.

Ora, i primi tre casi di atipicità o di trattamento speciale non hanno un particolare rilievo nel *contract* della *common law*, in quanto ivi il *contract* (in senso proprio) tutti li assorbe con identico trattamento, insieme ai nostri contratti di scambio tipicamente economico, in uno schema contrattuale, che è il contratto formale o il *bargain* generico e anche nominale, e che, in tempi recenti, può essere anche lo schema della *reliance* di cui al § 27 *sub a*. Quando questi schemi siano osservati, la responsabilità è una ed uniforme e, per determinarla, si ha riguardo soltanto al fatto che si è promesso e al-

(2) Come il lettore può osservare, pei casi indicati sub 1, 2, 3 e 4 torna ad essere rilevante la distinzione fra la posizione del promittente (il *promettere*) e la posizione del promissario (il *farsi promettere*). v. sopra nota I.

la misura con cui si è promesso (con una certa rigidezza di interpretazione della promessa: v. § 32). Nè si può dire che la ragione del promettere o del farsi promettere, e così anche l'interesse del creditore paragonato al sacrificio del debitore (v. § 20 *sub b*), abbiano un'influenza nel determinare la sanzione, la sua misura, le regole sull'interpretazione o sulla rilevanza di certi motivi o presupposti. Invero, o sussistono quegli schemi, ivi compreso quello del *bargain,* e allora non ha rilievo il fatto che la promessa sia sostanzialmente a titolo gratuito o che non vi sia proporzione fra sacrificio del debitore e interesse del creditore (v. tuttavia *infra* nota 5 *bis*). O quegli schemi non sussistono, e allora la promessa non è sanzionata, anche se è una promessa interessata.

I casi di *gratuitous undertakings,* ove la responsabilità è ammessa ma moderata, sono da considerare eccezionali e si ritiene non rientrino nemmeno nel campo delle obbligazioni contrattuali (v. sopra § 27 *sub b.*).

In altri termini, la *common law,* a differenza della *civil law,* presenta uno schema contrattuale (duplice o anche triplice, se vi si include la *reliance* di che al § 27 *sub a*), che si può chiamare uno schema o stampo *omnibus* o atipico, nel senso che vale per tutti i negozi che vi siano colati, e così nel senso che la responsabilità deriva da quanto si è promesso, senza alcun riguardo al *contenuto* dello schema, al carattere più o meno tipico o ordinario di questo contenuto, alla sua « causa » più o meno sostanzialmente gratuita, alla proporzione fra sacrificio del debitore e interesse del creditore, e in genere a certe situazioni oggettive che giustificano per noi la sanzione o la limitano. (v. tuttavia quanto tosto diremo per la *specific performance in equity* e *infra* nota 5 *bis*).

In questo senso tutti contratti di *common law* sono atipici o innominati: sono, semplicemente, un *contract* (2 *bis*).

(2 bis) La particolare importanza del contratto nominato o tipico nello sviluppo della *civil law* e, al contrario, la « *generalisation of contract* », propria già alle origini della *common law* e dovuta alla *consideration* e alle *forms of action* (v. sopra § 26 nota 20 e § 30 *sub a*), sono sovente messe in rilievo dai

Quanto al quarto caso summenzionato (il farsi promettere la soddisfazione di un interesse non economico), anch'esso non ha un particolare rilievo nella *common law*: è un *contract* come tutti gli altri, poichè il concetto generico di violazione del contratto come *wrong* e il sistema delle sanzioni sono tali che possono abbracciare, come principio generale, anche questo caso (v. *infra sub b*).

Soltanto in *equity*, quanto alle sanzioni della *specific performance* e dell'*injunction*, la *cause suffisante* (come controprestazione) per cui si è promesso e la proporzione fra interesse del promissario e sacrificio del promittente (c. d. interesse futile, capriccioso o atipico, o *cause juste*), possono aver rilievo. E ciò in quanto *l'equity*, nell'esercizio del suo potere discrezionale, non concede quelle sanzioni, quando si tratti di una promessa a titolo gratuito o *sostanzialmente* a titolo gratuito (il che rappresenta, in certo senso, l'analogo della nostra *cause suffisante*: v. sopra § 7 a 10); oppure quando l'interesse del promissario all'esecuzione in forma specifica o all'*injunction* appare come futile o capriccioso in relazione alla gravità del sacrificio che si imporrebbe al promittente (il che rappresenta, in certo senso, l'analogo della nostra *cause juste*: v. sopra § 20 *sub b*). Cfr. *infra sub b* specie nota 5 *bis*.

Ma non perciò la promessa resta priva di sanzione, poichè restano sempre ferme le sanzioni stabilite dalle corti di *common law* o *at law* (in stretto diritto: v: sopra § 25 *sub b* n. 10); cioè la sanzione del risarcimento dei danni anche nominali: v. *infra sub b*.

La cennata atipicità del *contract* non è soltanto un fenomeno tecnico-giuridico, ma anche un fenomeno sociale o di costume, nel senso che effettivamente gli uomini dei paesi di *common law* adoperano lo schema del contratto (sia come promessa di un compenso

---

giuristi di *common law*. Cfr.: ANSON, cit. al § 26 nota 20; JENKS, cit. al § 24 nota 2; BUCKLAND AND MCNAIR, *Roman Law and common law*, p. 154-155; PHANOR J. EDER, *A comparative view of Anglo-American and Latin American law*, New York, 1950, p. 133; LAWSON, *The rational Strength of English law*, cit., p. 49 segg. Ma in che consista tale peculiarità dello sviluppo della *common law* andava, mi pare, un po' chiarito.

che come un farsi promettere) e la relativa sanzione giuridica per la soddisfazione degli interessi più vari e atipici e perfino curiosi, e sentono e sviluppano questi interessi più di quanto non avvenga da noi. I *cases,* decisi dalle Corti, ci offrono esempi frequenti e copiosi di questo fenomeno, che mi sembra peculiare di quel costume e che non mi pare si presenti in tali proporzioni nei paesi di *civil law*: almeno tanto non ho trovato nei nostri repertori di giurisprudenza. Analoghe osservazioni potrebbe fare chi desse una scorsa alla casistica di *common law* in materia di *torts* (3). Forse questo è anche dovuto ad una suscettibilità maggiore dell'individuo di fronte alla lesione dei suoi interessi individuali e ad un maggior sviluppo dell'idea o sentimento che di tali interessi si deve ricercare la soddisfazione davanti alla Giustizia o alla *common law*. (v. sopra § 25 *sub b* n. 8).

Quella atipicità del *contract* ovviamente non significa che il contenuto, più o meno tipico, del contratto non abbia rilievo sotto certi aspetti, come quello delle regole da applicare a certi contratti, di certe *implied conditions* o della integrazione della volontà delle parti (v. sopra § 19 *sub b* nota 9 segg.) (3 bis). Ma significa che il contenuto del contratto non ha rilievo quanto al problema della sanziona-

(3) Ad esempio, in un corteo funebre, la moglie del dottore del paese, per passare avanti alla moglie del sindaco, la tocca sulla spalla con una leggera pressione: la seconda agisce con l'*action of trespass to the person* (*battery*) e vince la causa.

Ad una conferenza, uno degli ascoltatori si addormenta; un altro si permette di svegliarlo: azione di *trespass to the person* (*battery*) vittoriosa, ecc. ecc.

Il *trespass to the person* o *battery* consiste in genere in un semplice contatto con la persona altrui, che non sia permesso dagli usi sociali e che sia « *offensive to an ordinary person not unduly sensitive as to his dignity* » (PROSSER, *Handbook of the Law of Torts,* St. Paul, 1941, p. 47). Ma questo criterio o *test* dell'uso sociale e della sensibilità ordinaria va considerato in relazione all'*ethos* particolare dei paesi di *common law*.

Cfr. anche JHERING, *La lotta per il diritto*.

Sui cennati cases di *battery* ed altri, per noi curiosi, cfr.: PROSSER, *op. e loc. cit.*, WINFIELD, *Law of torts,* nel cap. sulla *battery;* WILSON, *Cases and Materials on the Law of Torts,* Chicago, 1939, p. 33 segg.

(3 bis) Cfr. in proposito, LAWSON, *The rational strength of English law,* cit., p. 50 segg.

bilità (*enforceability*) della promessa e, in certo senso, della misura della sanzione, nonchè quanto al problema del requisito della forma in senso proprio (a parte il requisito dello scritto secondo lo *Statute of Frauds*, che non concerne il *formal contract* in senso proprio: v. sopra § 25 *sub b* in fine e *infra* § 34 *sub a et b*).

b) *Il carattere atipico del contract e il sistema delle sanzioni.*

Consideriamo ora il trattamento fatto dalla *common law* al nostro contratto atipico, quando l'atipicità consista in ciò che una persona si fa promettere la soddisfazione di un suo interesse non tipicamente economico; caso in cui, come s'è visto, il problema è quello di trovare il modo di sanzionare la promessa (v. sopra *sub a* n. 4, nonchè il § 21). V'è anche, secondo una certa corrente della *civil law*, il problema di vedere se un simile interesse meriti la protezione giuridica (v. sopra § 20 *sub a*).

Ora, anche sotto questo aspetto, nella *common law* il sistema delle sanzioni (4) si svolge di pari passo col cennato carattere atipico, lo riflette e, in certo senso, lo sorregge (5).

La sanzione normale è quella del risarcimento dei danni. Quella dell'esecuzione in forma specifica o *specific performance* è eccezionale e concessa in *equity* soltanto quando, a giudizio discrezionale della Corte, il risarcimento dei danni non sarebbe adeguato a soddisfare lo specifico interesse del creditore. Ovviamente questo può essere il caso di un contratto atipico nel senso di promessa diretta a soddisfare un interesse non tipicamente economico del credito-

(4) Sul sistema delle sanzioni del *contract*, cfr. ANSON, *Contracts*, p. 361 segg. (p. 369 quanto ai *nominal damages*); CHESHIRE AND FIFOOT, *Contracts*, p. 489 segg.; POLLOCK (WINFIELD) *Contracts*, p. 535 segg.; WILLISTON, *Contracts*, § 1288 segg.; *Restatement* americano sui *Contracts*, § 326 segg.; HANBURY, *Modern Equity*, London, 1949, cap. 24 e 25.

(5) Si veda, ad esempio, nel vol. II, il caso Bolton v. Madden che da noi, salvo una clausola penale, resterebbe senza sanzione (a parte il vedere se esso possa formare per noi l'oggetto di un contratto).

re (v. sopra § 21 nota 2) (5 bis). Ma è anche chiaro che per questi contratti atipici sono rare le situazioni in cui si può pensare ad una pratica applicabilità dell'esecuzione in forma specifica (per esempio, consegna di un documento familiare).

Tuttavia, col ricorso al rimedio dell'*injunction*, pur esso concesso *in equity*, si può arrivare indirettamente ad ottenere, mediante una pressione sulla volontà del debitore, che questi dia la cosa o compia il fatto promessi. Invero, l'*injunction*, o ordine da parte della Corte di non fare qualcosa, si applica in genere alle obbligazioni di non fare. Ma può servire anche per una obbligazione di fare, quando l'ordine di non fare qualcosa in contrasto con quest'obbligazione sia in pratica efficace a soddisfare indirettamente l'interesse del creditore o a premere sulla volontà del debitore perchè adempia: ad esempio, ordine di non cantare in altri teatri, per l'artista che ha promesso ad un impresario di cantare nel teatro di quest'ultimo (6).

(5 bis) Tuttavia, appunto perchè si tratta di un rimedio concesso in *equity* e nel potere discrezionale della corte, la *specific performance*, come l'*injunction*, non verrà concessa quando il concederla serva soltanto per soddisfare un interesse capriccioso o futile del promissario, avuto riguardo al grave peso (*burdensome futility*) che si imporrebbe al promittente. Cfr. CHESHIRE AND FIFOOT, *Contracts*, p. 503 e *cases* ivi. Fra questi *cases* rientrano: quello di chi, avendo ottenuto una limitazione della proprietà altrui, ne chiede l'esecuzione in forma specifica quando ciò diventerebbe un *burdensome futility* a seguito di mutamenti nel rapporto di vicinato prodotti dallo stesso attore; o quello di chi cerca di trarre profitto contro *coscienza* da un erroneo presupposto dell'altro contraente (v. CHESHIRE AND FIFOOT, loc. cit. e p. 191 e 207; nonchè quanto diremo *infra* § 34 nota 24).

La *specific performance* poi non è concessa in linea di principio per una *gratuitous* promise, anche se nominalmente non è gratuita. In tutti questi casi il promissario, attore, viene lasciato ai soli rimedi che gli spettano in stretto diritto (*at law*), cioè all'azione per risarcimento di danni anche solo nominali. Si tratta di un'applicazione, in *equity*, del nostro principio della *cause juste* o dell'interesse del creditore proporzionato al sacrificio del debitore (v. sopra § 20 *sub b*).

Soltanto in alcuni casi eccezionali l'*equity* concede la *specific performance* per una promessa a titolo gratuito: v. in proposito WILLISTON, *Contracts*, § 217 e citazioni ivi.

(6) Su quest'aspetto dell'*injunction* cfr. ANSON, *Contracts*, p. 379 segg.

E' chiaro come, sotto questo aspetto, l'*injunction* possa anche servire per sanzionare i contratti a interessi non tipicamente economici, di cui s'è parlato al § 21 nota 2 (cfr. in questo senso espressamente il § 380 *Restatement* americano sui *contracts*).

Ma, ripetesi, la sanzione normale è soltanto quella del risarcimento dei danni: principio dovuto a ciò, che competenti in materia di *contracts* erano soltanto le Corti di *common law* (v. sopra § 25 *sub b* n. 10); nonchè, probabilmente, al fatto che l'originaria *action of assumpsit* era un'azione delittuale (v. sopra § 26).

Senonchè questa sanzione normale presenta un carattere particolare che la rende atta anche per sanzionare i contratti atipici o a interessi non tipicamente economici. Il danno da risarcire dev'essere un danno patrimoniale; il risarcimento del c.d. danno morale è ammesso per i *torts*, ma per i *contracts* lo è soltanto in alcuni casi eccezionali (7). Nè sono ammessi i *punitive* o *exemplary damages*, salvo, pare, alcune eccezioni (v. nota 7).

Sotto questo aspetto, il risarcimento dei danni sembrerebbe una sanzione inadatta per i contratti a interessi non tipicamente economici.

Tuttavia, ed ecco il carattere particolare cui si è accennato, la

---

POLLOCK, *Contracts*, p. 550 segg.; HANBURY, *op. cit.*, cap. 25; *Rest.* americ. sui *contracts*, § 380.

(7) Uno dei casi eccezionali è la *promise of marriage*. Negli Stati Uniti vi sono altri casi, sempre eccezionali, come quello in cui l'inadempimento del contratto cagiona un male fisico alla persona, o quello in cui il danno morale (*mental sufferings*), è cagionato intenzionalmente o con incuria (*recklessly*) ed era ragionevolmente prevedibile (maltrattamento o espulsione dei passeggeri da parte di vettori o di albergatori; contratti pel trasporto o seppellimento di cadaveri o per la trasmissione di annunci di morte o malattia erroneamente trasmessi, ecc.: v. WILLISTON, *Contracts*, § 1340 A per questi ed altri casi). Si osserva che in molti casi l'azione può aver anche carattere delittuale.

Pel diritto inglese, quanto al caso eccezionale della *promise of marriage*, cfr. POLLOCK, *Contracts*, p. 451; ANSON, *Contracts*, p. 368; i quali considerano qui i danni come *punitive, exemplary* o *vindictive* (*contra*, il § 342 *Restatement* americano sui *Contracts*, che li considera sempre come *compensatory damages* di difficile estimazione: v. su ciò WILLISTON, *Contracts*, § 1340).

common law ammette in linea generale la sanzione del risarcimento dei *nominal damages;* una piccola somma, di valore simbolico, stabilita dalla consuetudine giudiziaria (o anche, talvolta, dalla legge scritta per gli U.S.A.: v. § 328 *Restatement* americano sui *contracts*). Il principio è che la violazione di un contratto è per sè un atto illecito (*a wrong*), che deve essere riprovato e sanzionato, indipendentemente dal danno che esso arreca, e anche se l'attore (compratore, nel caso) trae un vantaggio dall'inadempimento, come nel caso in cui il prezzo di mercato della merce vendutagli è ribassato. E' chiaro che questa sanzione equivale praticamente ad una condanna morale per il *wrong* di violazione di un contratto. Ed è chiaro anche come una simile sanzione si presti per colpire l'inadempimento della promessa di qualcosa che rappresenta un interesse non economico del creditore o un contratto atipico nel senso di cui al § 21 nota 2 (8).

c) *La clausola penale.*

In continuazione del problema esaminato *sub b,* si presenta quello della clausola penale.

Come abbiamo visto al § 21 la soddisfazione di un interesse non tipicamente economico si può garantire nella *civil law* con una clausola penale, sia come pena privata, che come clausola avente carattere satisfattivo dell'interesse c.d. morale leso (v. § 21 *sub a* n. 4). In certo senso, ha tale carattere anche la clausola esaminata al § 21 *sub a* n. 2, in quanto un interesse, che vada al di là dell'interesse patrimoniale normalmente risarcibile secondo le regole legali, presenta un certo aspetto atipico o fuori dal normale.

Ora, rispetto al problema della clausola penale (in senso lato), la *common law* assume un atteggiamento particolare, simile, quan-

(8) Cfr. ANSON, *Contracts,* p. 369; POLLOCK, *Contracts,* p. 535-536, 542 e 545; WILLISTON, *Contracts,* § 1339 A; *Restatement* americano sui *Contracts,* § 328. Sulla sanzionabilità delle promesse di un *quid* non rappresentante un interesse tipicamente economico pel creditore (es. prometta di non fumare), cfr. FULLER, *Consideration and form* (cit. sopra al § 26 nota 1), p. 817-818, ma da un punto di vista piuttosto teorico o generico.

to al principio ispiratore, a quello del nostro diritto canonico, ma diverso nei risultati (v. sopra § 21 nota 9).

E' da premettere che la clausola penale si presenta, nel contratto non formale, piuttosto come un *pactum adiectum* alla promessa, che come una promessa avente per sè una *consideration*. E nel contratto formale si presenta sotto l'aspetto peculiare del *bond*, cioè promessa di una somma sotto la condizione che un dato evento (la prestazione) non si verifichi.

Su questo terreno si è fatta sentire l'influenza dell'*equity*, che interviene, come il diritto canonico, laddove si tratta del caso di coscienza: e un caso di coscienza si presenta quando, mediante la clausola, il promissario tende ad imporre una sanzione eccessiva al promittente, una sanzione sproporzionata al suo giusto interesse; sicchè l'azione per ottenere l'esecuzione della clausola appare come *unconscionable* o *unconscientious* (9). Ma l'*equity*, a differenza del diritto canonico, ha adottato la soluzione che la clausola è nulla, quando essa tende ad imporre una vera e propria pena privata o *penalty* anche se non eccessiva (v. al contrario pel diritto canonico sopra § 21 nota 9). E' nulla, dunque, ogni clausola stabilita, come dicono i testi di *common law*, *in terrorem*, cioè *esclusivamente* per esercitare una *pressione*, mediante una sanzione *penale*, sulla volontà del debitore, pur riconoscendosi che indirettamente anche la sanzione del risarcimento dei danni ha tale funzione (10). Poichè la clausola è radicalmente nulla, il giudice deve vedere quale è il danno effettivo (secondo le regole legali di valutazione) subito dal creditore: e questo danno può anche essere superiore alla somma stabilita nella *penalty*.

Viceversa, se la clausola, secondo l'intento delle parti al momento della sua stipulazione, era diretta ad una *genuine preestimation of damages* (v. sopra § 21 *sub a* n. 1), essa è valida, e il giudice deve

---

(9) Cfr. POLLOCK, *Contracts*, p. 547; WILLISTON, *Contracts*, § 774; CHESHIRE AND FIFOOT, *Contracts*, p. 500.

(10) Cfr. autori citati a nota precedente, nonchè ancora WILLISTON, *Contracts*, § 776; ANSON, *Contracts*, p. 370.

attribuire al creditore la somma stabilita, senza poterla nè ridurre nè aumentare.

Il criterio della distinzione fra *penalty* e *preestimation of damages* è quello dell'intento delle parti al momento della stipulazione (v. sopra § 21); come si conviene, del resto, quando ci si ispiri, come l'*equity,* al caso di coscienza; e non il criterio del rapporto fra somma stabilita e danno effettivo risultante al momento dell'inadempienza (11).

La *penalty,* dunque, è nulla perchè contro la coscienza, e perchè la sua ingiustizia costituisce, agli occhi dell' *equity,* una *just excuse* per non mantenere la relativa promessa, scusa eccezionale, in quanto in linea di principio non ci si può sottrarre ad una promessa, *contract* o clausola sotto pretesto che essa è *unfair* (12). Sembra anche che abbia operato il timore di uno sfruttamento della posizione del debitore al momento del contratto (v. sopra § 21 note 32 e 33) (13); sicchè, se una pena è stipulata dopo l'inadempimento, essa è valida quando rivesta i requisiti di un *contract.* Il § 339 del *Restatement* americano sui *contracts* accenna, nei *Comments,* anche alla concezione che la punizione del debitore è una sanzione ingiusta e non necessaria e che, in tal modo, si tratta di limitare il potere delle parti (c.d. autonomia) nello stabilire le sanzioni o i modi di *enforcement* di un contratto (v. sopra § 21 *sub b*).

Qualunque ne sia la ragione, l'atteggiamento dell'*equity* è stato quello di una diffidenza assoluta verso la *penalty,* a tal punto che l'*equity* ha adottato la soluzione radicale della nullità della clausola in ogni caso, anche se non eccessiva, cioè la soluzione dell'inefficacia della volontà di stabilire una pena privata, per vedere che cosa nella realtà sta sotto la clausola stessa quanto al danno effettivo.

Non solo la *penalty* è nulla, ma sembra nulla anche la clausola a carattere satisfattivo, che tenda, nell'intento delle parti, a raffor-

(11) POLLOCK; CHESHIRE AND FIFOOT; *op. e loc. citt.;* WILLISTON, *Contracts,* § 777, 778 e 783.

(12) WILLISTON, *Contracts,* § 769 e 780.

(13) WILLISTON, *Contracts,* § 780.

zare la sanzione normale, la sanzione dovuta secondo le regole legali sul risarcimento; che tenda, cioè, a rendere risarcibile un danno o un interesse altrimenti non risarcibile secondo quelle regole e così anche un interesse atipico: v. sopra § 21 *sub a* n. 2. In realtà, si distingue fra *contracts,* il cui oggetto è *of certain value* (cioè in cui il danno è capace di esatta definizione o quasi, come per l'obbligazione di una somma fissa di danaro), e *contracts of uncertain value* (14). Nei primi, se è promesso qualcosa al di là del danno certo, la clausola si considera come una *penalty,* nulla. Nei secondi, *data la difficoltà di valutazione,* la clausola si considera come una *preestimation,* salvo che altrimenti (ad esempio, dal fatto che l'ammontare è *unreasonable* o *extravagant*) risulti l'intenzione di stabilire una *penalty.* Ma si tratta di canoni di interpretazione o di presunzioni (v. autori citati a note precedenti).

Quanto alla possibilità di sanzionare mediante clausole del genere una promessa rappresentante un interesse atipico o c.d. morale del creditore (v. sopra § 21 *sub a* n. 4), è indubbiamente nulla una clausola, che secondo l'intento delle parti, costituisca una *penalty,* cioè non abbia scopo meramente satisfattivo dell'interesse morale leso.

Più dubbio è, invece, il caso in cui la clausola abbia quest'ultimo scopo. Se il principio è quello che non si può stabilire una sanzione al di là di quella legale, e che si può soltanto *preestimate* la portata di questa sanzione, anche quella clausola dovrebbe essere nulla, perchè, come abbiamo visto *sub b,* il risarcimento del c.d. danno morale, quale sanzione legale nei *contracts,* non è ammesso. Ma la soluzione contraria sembra derivare dalle considerazioni seguenti:

1°) L'inammissibilità del risarcimento del c.d. danno morale nei *contracts* è considerata come una eccezione rispetto al diverso principio nel campo dei *torts* (15); sicchè una clausola che tenda a quel risarcimento non appare come urtante contro il sistema delle

(14) Cfr. autori citati a note 9 e 10; nonchè ancora Williston, *Contracts,* § 783; Anson, *Contracts,* p. 371; *Restatement americano sui Contracts,* § 339, *Comments.*

(15) Cfr. Pollock, *Contracts,* p. 545.

sanzioni. D'altro lato, la mancata soddisfazione di un interesse non tipicamente economico non rappresenta necessariamente un *mental suffering*.

2°) Quanto si è detto sopra a proposito dei contratti con oggetto *of uncertain value* può ben applicarsi al nostro caso. L'unico requisito è che l'ammontare stabilito nella clausola a scopo satisfattivo non sia del tutto *unreasonable*.

3°) Gli autori, quando accennano al § 343 c. civ. germanico (che ammette, mediante la clausola, la soddisfazione di ogni interesse lecito, anche se non costituisca un interesse patrimoniale o *property interest* del creditore), non mostrano di ritenere che ciò costituisca una differenza rispetto alla *common law* (16).

Come si vede, in linea di principio, la soluzione della *common law* in materia di clausole penali (in senso lato) è diversa da quella della *civil law* (v. sopra § 21 *sub b*). Secondo questa, una clausola con intento di pena non è nulla, ma soltanto riducibile se eccessiva; sicchè, non essendo nulla, non la si può mai ridurre a zero o al *nominal damage*, anche se non sussiste alcun danno effettivo. Quanto poi alla clausola a scopo satisfattivo, la *civil law* ne ammette la riduzione anche quando l'ammontare della clausola non risultava eccessivo al momento della stipulazione, ma tale risulta al momento del verificarsi del danno. Viceversa la *common law*, in quanto ricerca attraverso presunzioni, l'intento di una *penalty* e lo vuol colpire, stabilisce la nullità della clausola quando l'ammontare risulta eccessivo al momento della stipulazione (v. *infra*), anche se non lo è al momento del verificarsi del danno; e stabilisce il pieno valore della clausola, se al momento della stipulazione non risulta eccessiva, ma tale risulta in quel secondo momento.

In pratica, tuttavia, le soluzioni sono assai spesso simili, perchè, per stabilire l'intento di una *penalty* o di una *genuine preestimation*, la *common law* si vale di presunzioni divenute canoni di interpretazione. Fra queste presunzioni opera sopratutto quella che l'ammon-

(16) Cfr. WILLISTON, *Contracts*, § 772.

tare stabilito nella clausola non deve essere eccessivo al momento della stipulazione (17); e nella maggior parte dei casi ciò che è eccessivo in questo momento (cioè come ragionevole previsione delle parti) risulta anche eccessivo nel momento del verificarsi del danno. Gli errori di previsione delle parti sono in genere modesti e non tali da creare l'*eccesso* o sproporzione *unreasonable* al momento del verificarsi del danno.

A soluzioni in pratica simili a quelle della *civil law* contribuisce anche la cennata regola (interpretativa) quanto al danno non capace di certa valutazione, poichè, come dicono gli autori, in questo caso è assai probabile che le parti abbiano inteso fare un *bona fide* o *honest attempt* di valutare preventivamente il danno, (18).

Del resto, le tendenze più recenti della giurisprudenza americana sembrano più liberali nell'ammissione delle clausole in esame (19).

Ma resta il principio che la *penalty* è nulla o, se si vuole, che le parti (il futuro creditore) non possono pattuire liberamente in tema di sanzioni: c.d. autonomia privata (v. sopra § 21 *sub b*). Principio derivato dall'*equity* e dal caso di coscienza, che può anche apparire abbastanza sano, ma che non può mancare di stupire in un sistema come quello del *contract*, costruito dalle corti di stretto diritto, quando non si tenga presente che si tratta, in realtà, di un sistema duplice di fonti, il giudice di stretto diritto e quello di *equity*.

---

(17) Tanto che WILLISTON, *Contracts*, § 778, sostiene che praticamente il giudice, per stabilire l'intento delle parti, non ha a disposizione che il criterio oggettivo, della ragionevolezza dell'ammontare della penale considerata al momento della stipulazione.

(18) Cfr. WILLISTON, *Contracts*, § 783. Altra presunzione (o canone di interpretazione) nel senso di una *penalty*: quando uno stesso ammontare è stabilito, sia pure « a titolo di risarcimento danni » per l'inadempimento di una serie di clausole contrattuali, alcune di notevole e altre di secondaria importanza, v. autori citt. a note precedenti.

Per altre delle cennate presunzioni, cfr. in particolare WILLISTON, *Contracts*, § 783 e 784.

In materia non si deve stare all'interpretazione letterale dei termini usati dalle parti, cioè « *penalty* » o « *liquidated damages* ».

(19) Cfr. WILLISTON, *Contracts*, § 788.

Ad ogni modo, questo principio può portare, e porta talvolta, a soluzioni diverse da quelle della *civil law*.

L'importanza che la *common law* attribuisce alla materia delle clausole penali (in senso lato) risulta anche dalla loro disciplina particolareggiata e dall'ampia trattazione che non mancano di farne gli autori.

d) *Ancora sulla donazione.*

Da quanto si è detto circa l'atipicità del *contract* risulta che, purchè una donazione sia presentata nello schema di un *bargain*, o anche se essa rientra nello schema della *reliance* (v. sopra § 27 *sub a*), la donazione è valida, appunto perchè il tipo o la causa, principale o secondaria, non ha alcun rilievo (v. anche sopra § 28 *sub c*). La donazione con un onere, il quale non è una mera *nominal consideration*, è riconosciuta come *bargain*, cioè in quanto assorbita nello schema generico o atipico del *contract*, qualunque sia il carattere o il valore dell'onere e qualunque sia la « causa » principale o secondaria delle parti (v. sopra § 10).

La *common law* è molto meno diffidente della *civil law* verso le donazioni. In fondo, sia le donazioni semplici che quelle *cum onere* sono rivestite di formalità molto meno pesanti di quelle della *civil law*: basta un *act under seal* (senza alcun intervento del notaio, del resto, sconosciuto nei paesi di *common law*: v. § 34), un *bargain* anche nominale, una *reliance*, o un *trust*, il quale ultimo è un modo assolutamente libero da forma e libero anche quanto all'interpretazione della volontà del donante (v. *infra* § 38).

La forma della donazione nella *civil law* è una forma collegata alla *causa* o tipo, cioè alle obbligazioni di dare (o anche al « *dare* » immediato) senza contropartita o con una contropartita o per una *causa praeterita* aventi certi caratteri (v. § 7-11). Le forme o gli schemi messi a disposizione dalla *common law* per la donazione (non costituente per sè una figura tipica), sono le stesse forme o schemi messi a disposizione *per tutti i contratti*.

§ 34

Del contratto formale e di alcuni connessi problemi

a) *L'act under seal e sue formalità. Breve nota comparativa con le «forme» della civil law moderna.*

La *common law* conosce tuttora il contratto formale in senso proprio, cioè quello in cui l'obbligazione deriva dalla forma o, meglio, quando la cerimonia cessò di aver quel significato mistico che aveva all'origine (1), dalla promessa espressa in un dato modo formale.

In questo caso non occorre la *consideration* nè una *sufficient consideration* (v. § 30): e la forma è veramente una forma *omnibus* come la *stipulatio* romana, che serve per rendere valida qualunque promessa (lecita), indipendentemente dal suo contenuto o, diremmo noi, dalla sua «causa» più o meno tipica, gratuita, onerosa, sufficiente o insufficiente. Questa «causa» non ha alcuna influenza sulla determinazione e la misura della responsabilità, nonchè sulle regole di interpretazione (salvo quando venga richiesto dal promissario un provvedimento in *equity*: v. sopra § 33 *sub a* e nota 5 bis e *infra* in questo § 34 nota 24). Sicchè non soltanto una *gratuitous promise* (v. § 28 *sub b*), che non sarebbe valida senza la forma, ma anche ogni altra promessa, con o senza *consideration*, che sarebbe valida senza la forma (v. ad esempio § 27), acquista il carattere di promessa formale, se fatta nella forma, e determina la responsabi-

(1) Su questo stadio primitivo della forma nella *common law*, cfr. WILLISTON, *Contracts*, § 205 e § 109 e larga bibliografia e *cases* ivi. Finchè il documento non veniva distrutto o cancellato o eliminato con atto formale, l'obbligazione sussisteva anche fra le parti nonostante il pagamento. La distruzione anche accidentale del documento estingueva l'obbligazione. Si era obbligati *under seal* anche se il sigillo era stato rubato e applicato, contro volontà, ad un documento, ecc. Naturalmente le difese per dolo, errore, violenza, *failure of consideration* ecc. non avevano alcun valore.

lità e la disciplina propria di questa: cioè quella responsabilità severa e uniforme che consiste nella *legal obligation* di che al § 32 (2).

Senza dubbio nella *civil law* un simile tipo di forma è da tempo scomparso (v. *infra*).

A parte i *contracts of record,* che non sembran veri contratti (3), la forma classica è quella del *deed* o *act under seal,* chiamata anche *covenant* o *specialty.* E' un documento sottoscritto, sigillato e consegnato: « *signed, sealed and delivered* ». In ciò consiste la forma. La cerimonia dell'apposizione del sigillo e della consegna indica che la persona identifica sè stessa col suo *deed* (col suo fatto) e vi impegna la personalità (4).

Il sigillo, privilegio in Francia dei gentiluomini, cadde presto in decadenza, mentre in Inghilterra, secondo un processo storico proprio dello spirito inglese tendente a imitare il *gentleman* e a fare di ogni uomo un *gentleman,* il sigillo si diffuse dalla nobiltà fra il popolo e dura tutt'oggi (5).

---

(2) V'è anche una prescrizione speciale (12 anni) più lunga di quella concernente il *simple contract* (6 anni). Cfr. *Limitation Act* inglese del 1939.

(3) *Judgments* e *recognizances* (promesse fatte alla Corona in certi casi). Cfr. ANSON, *Contracts,* p. 60-61.

(4) Sembra che il *deed* derivi dall'atto scritto formale o *charta* del diritto medievale. La cerimonia del *deed,* oggi talmente attenuata nel suo formalismo e ridotta quasi ad una finzione anche quanto alla struttura del sigillo (v. anche HAYS, *op. cit.* sopra al § 26 nota 1), consiste nel porre il dito sul sigillo, nel dire « *I deliver this act as my deed* ». Con questa cerimonia « *the party identifies himself with the seal* ». Cfr. sull'*act under seal*: ANSON, *Contracts,* p. 61-62; POLLOCK, *Contracts,* p. 108-109; WILLISTON, *Contracts,* § 205 segg.; *Restatement* americano sui *Contracts,* § 95 segg.; CORBIN, *Cases on Contracts* cit., p. 422-443 e note ivi.

Anche la *delivery* sembra possa talvolta, in Inghilterra, ridursi alla mera dichiarazione di considerare il *deed* « *operative* » pur trattenendolo in possesso. Cfr. ANSON, *Contracts,* p. 61; WILLISTON, *Contracts,* § 211 per il diverso atteggiamento della *common law* americana.

Il *delivery in escrow* si ha quando il *deed* è *delivered* sotto una qualche condizione, e allora, durante la pendenza della condizione, esso deve esser *delivered* ad un terzo. Cfr. tuttavia ANSON, *Contracts,* p. 62 e WILLISTON, *Contracts,* § 212.

(5) Cfr. in proposito BRISSAUD, cit. sopra § 3 nota 1 e CHENON, cit. al § 4

L'impronta formale al documento è data dalla persona, che vi si identifica col suo sigillo, e non dall'intervento di un notaio. L'istituto del notariato, proprio della *civil law,* è sconosciuto nei paesi di *common law.* Ivi il *public notary* è una persona che è soltanto autorizzata ad autenticare la sottoscrizione e che può essere, come si vede negli Stati Uniti, anche un *barman,* purchè persona che meriti la pubblica fede. Un documento autenticato da un *public notary* non è un atto formale, quando non vi sia la cerimonia propria dell'*act under seal* (5 *bis*).

Il *deed* è un atto unilaterale: non richiede accettazione (6), salvo pel caso in cui si impongano delle condizioni che debbano essere accettate dal destinatario. Si è impegnati quando si è compiuta la cerimonia del *deed,* salvo al destinatario di *rifiutare* (*to disclaim*) il diritto attribuitogli.

E' un atto formale che può avere il contenuto più vario, non essendo limitato da formule: e così può contenere un'obbligazione, un *transfert,* una rinuncia, un atto di disposizione o di modifica di diritti in genere, una procura, ecc. Esso è l'atto proprio per la *conveyance* in genere di « diritti reali immobiliari » (7). Anche sotto questo aspetto, la *civil law,* in cui l'istituto medievale della *charta* o della *traditio chartae* è scomparso, non conserva una forma di questo genere, atta a compiere tutti quei vari negozi.

Alcuni autori recentemente hanno sostenuto addirittura che, almeno oggi, la promessa per *act under seal* non appartiene al campo dei *contracts* in senso proprio, pei quali sarebbe essenziale l'idea del *bargain* e dell'*acceptance* come *consideration* o sacrificio domandato

---

nota 3; nonchè il mio *Commento a Tocqueville,* Milano, 1948, p. 287-288 e citazioni di Tocqueville e Hilaire de Belloc ivi.

(5 bis) Sul *deed* e i suoi rapporti coll'atto notarile, cfr. la sentenza Berry Ruspoli cr. Berry Chigi, Corte App. Roma 19-12-1933 nel Vol. II.

(6) Cfr. tuttavia per alcune eccezioni e per le discussioni, WILLISTON, *Contracts,* § 211 e 213.

(7) Cfr. in proposito il mio articolo *Causa, consideration e forma, ecc.* in Riv. dir. comm. 1952, I p. 262 segg. e a pag. 391 segg. le forme per liberarsi dal *deed;* cfr. anche *infra* § 38 *sub c.*

o, comunque, l'idea della *reliance*. Lo confermerebbe, secondo questi autori, il fatto che un *deed* può in certi casi creare un'obbligazione anche verso chi è ignaro della sua esistenza. Pertanto essi non ne trattano in un « moderno libro sul diritto dei contratti » (8).

Il *deed* ha recentemente subìto o sta subendo un processo di decadenza, almeno nel campo dei *contracts* (9), se non in quello della *conveyance*.

Breve nota comparativa. Come si è accennato, nella *civil law* moderna non si trova più una *forma* analoga nelle sue funzioni a quella del *deed*.

Tali non sono le forme prescritte a pena di nullità (v. sopra § 18). Ivi infatti l'obbligazione o l'attribuzione patrimoniale in genere non deriva dalla forma per sè: e quelle forme non servono per sè a rendere giuridicamente sanzionabile qualunque contratto. La causa o il tipo del contratto vi ha sempre influenza. Del resto, queste forme sono appunto imposte in vista del contenuto, causa (in senso oggettivo) o tipo del contratto. E, per quanto esse possano rappresentare una limitazione al principio del nudo consenso, la loro funzione, anche in questo campo, è diversa da quella del contratto formale in senso proprio (v. sopra § 18).

Anche la forma prescritta per le promesse astratte e per i titoli di credito in genere non rappresenta una forma analoga al *deed* o alla *stipulatio*, cioè un contratto formale in senso proprio. Tale forma serve ad indicare la volontà di fare una promessa « astratta », nel senso in cui questo termine è assunto, specie nei rapporti coi

---

(8) CHESHIRE AND FIFOOT, *Contracts*, p. 19-20.

(9) Cfr. WILLISTON, *Contracts*, § 218 e HAYS (*op. cit.* sopra § 26 nota 1) p. 860 segg., quanto agli Stati Uniti. Si vedano anche le proposte di riforma del *Law Revision Committee* inglese per ammettere il semplice scritto, nonchè in proposito ANSON, *Contracts*, p. 61 in nota. V. anche sopra nota 4 quanto al decadere della cerimonia del *seal* e della *delivery*, ridotta quasi ad una finzione.

Tuttavia il *deed*, almeno in Inghilterra, è il mezzo classico per fare una donazione. E il formalismo, anche ridotto a forme meno rigide, è tutt'altro che in via di scomparire: cfr. FULLER, *op. cit.* sopra al § 26 nota 1 (p. 822-823), e sopra § 32 nota in fine.

terzi, pei titoli di credito. Del resto, essa è imposta e vale, in tale funzione, soltanto per certe promesse aventi un determinato oggetto (prestazioni di dare danaro o cose di genere); non serve, dunque, come forma *omnibus*. E si è già avuto occasione di notare che una promessa astratta è diversa dal contratto formale in senso proprio (v. sopra § 22 *sub e,* nonchè ivi la nota esplicativa n. 3). La *common law* pone nettamente questa distinzione: v. *infra sub b.*

Le stesse forme di alcuni *transfert* astratti nella *civil law* non possono equipararsi al *deed*: sia perchè sono forme *speciali* per certi *transfert* e non per ogni contratto e per ogni atto di disposizione; sia perchè vi mancano gli effetti propri dell'atto formale (v. sopra § 22 nota esplicativa n. 3 in fine).

Una qualche analogia col *deed* si potrebbe vedere invece nel nostro atto notarile, in quanto parte dello schema formale-causale della donazione, e cioè in quanto, mediante questo schema formale-causale, si possono rendere validi i contratti innominati che vanno sotto lo schema tipico della donazione (v. sopra §§ 7 e 8 segg. (10). Senonchè nel nostro schema formale-causale della donazione l'obbligazione o l'attribuzione patrimoniale è sempre connessa alla « *causa donandi* » (sia pure tipica), che determina la misura della responsabilità, la rilevanza di certi motivi o presupposti, le regole speciali di interpretazione, con una certa differenza anche a seconda che la donazione sia semplice o *cum onere* (v. sopra § 15). Inoltre lo schema formale-causale della donazione è imposto soltanto per certe obbligazioni a titolo gratuito o, meglio, con *cause insuffisante*: le obbligazioni di dare (v. sopra § 7 segg.; e § 28 *sub b*).

Quanto a certe regole d'interpretazione e relativi rimedi in *equity,* che possono creare sotto quell'aspetto interpretativo qualche ap-

(10) Si tenga presente che nell'atto pubblico non occorre menzionare la « causa di liberalità »; si può anche fare una promessa « astratta », purchè concorrano i requisiti formali per la donazione (v. sopra § 22 nota esplicativa n. 3). Ma, quando il convenuto provi la « causa di liberalità », ciò servirà per l'applicazione delle regole speciali sulla misura della responsabilità, sui motivi, ecc.: v. *infra* nel testo.

parente analogia fra il *deed* e il nostro atto notarile, v. *infra* nota. 24.

b) *La forma prescritta a pena di nullità per determinati contratti e lo Statute of Frauds.*

Gli autori di *common law* pongono espressamente e chiaramente (11) la distinzione fra le forme prescritte a pena di nullità per determinati contratti e il contratto formale in senso proprio (v. sopra *sub a*). I primi, nonostante il requisito della forma scritta, sono definiti *simple contracts* o anche *informal contracts* (specie negli Stati Uniti) (12). Per essi è necessaria la *consideration* o altro requisito che la *surroghi* (v. § 27).

Gli stessi *negotiable instruments* o titoli di credito sono, da questo punto di vista, considerati come *simple contracts* (v. *infra sub d*).

Si tratta in genere della forma scritta o talvolta di quella del *deed* imposta a pena di nullità dalla legge scritta (*statute*). I casi sono abbastanza frequenti. Menzioniamo, oltre il caso dei titoli di credito, i

---

(11) Tuttavia col contratto formale in senso proprio alcuni sembrano confondere i casi in cui la forma del *deed* è imposta a pena di nullità per certi *determinati* contratti, come quelli conclusi da una *corporation* (cfr. ANSON, *Contracts*, p. 63). In realtà il fatto che la forma del *deed* serva pel contratto formale non esclude che essa possa essere imposta in certi casi come una semplice forma a pena di nullità nel senso di cui nel testo. Curioso è poi l'equivoco di WILLISTON, *Contracts*, § 4, il quale, dopo aver distinto nella *common law* il contratto formale in senso proprio dalle forme prescritte a pena di nullità, cade nella confusione rispetto alle forme moderne della *civil law*, includendovi perfino le forme *ad probationem*. Nella stessa confusione rispetto a queste ultime era caduto SAVIGNY, *Obligations* cit., § 77 in fine; nonchè LORENZEN, *Causa and consideration*, (cit. al § 26 nota 1) p. 642-643 e in proposito il mio articolo *La causa nel pensiero dei giuristi di common law*, *Riv. dir. comm.* 1951, I, p. 352, nota 21.

(12) Cfr. ANSON, *Contracts*, p. 60 e 65; CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts*, p. 19-20; WILLISTON, *Contracts*, § 4 a 12, § 221 e 448; § 11, *Restatement* americano sui *Contracts*. Non chiaro POLLOCK, *Contracts*, p. 115 segg.

contratti di assicurazione marittima, il riconoscimento o la promessa di pagare un debito prescritto (v. § 28 *sub a* nota 4); i contratti fatti da una *corporation* che devono rivestire la forma del *deed* col *seal* della *corporation*. (13).

La forma scritta imposta dallo *Statute of Frauds*, che non costituisce certo un contratto formale (14), lascia perplesso il giurista di *civil law* circa il carattere di forma imposta a pena di nullità ovvero soltanto *ad probationem*.

Non è qui il luogo per trattarne diffusamente. Ne basterà accennare che lo *Statute of Frauds* del 1677 (sostituito, per la vendita di cose mobili, dal *Sale of goods Act* inglese del 1893) stabilisce che in certi casi (15) nessuna azione può essere intentata (*brought*) contro una persona, se non vi è uno scritto, un *memorandum or note* del contratto sottoscritto dal convenuto o da altri legalmente autorizzato per lui.

La formalità è assai più semplice di quella prescritta a pena di nullità nella *civil law* e nella stessa *common law*. Infatti:

— Lo scritto è richiesto, anche in un contratto bilaterale, sol-

---

(13) Tuttavia, quanto alle *corporations*, la portata della regola è molto limitata dalle numerose eccezioni: Cfr. ANSON, *Contracts*, p. 63; POLLOCK, *op. e loc. cit.*. Per altri casi di *simple contracts* soggetti alla forma scritta, cfr. ANSON e POLLOCK, *locc. citt.; Restatement* americano sui *Contracts*, § 11 e § 178 *comments* e rinvii ivi, nonchè § 225; WILLISTON, *Contracts*, § 450.

(14) Cfr. sullo *Statute of Frauds*, ANSON, *Contracts*, p. 66 segg.; POLLOCK, *Contracts*, p. 124 segg.; CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts*, p. 136 segg.; WILLISTON, *Contracts*, § 448 segg.; *Restatement* americano sui *Contracts*, § 178-225. Lo *Statute of Frauds* è stato riprodotto, più o meno fedelmente, nelle legislazioni dei vari Stati dell'Unione Americana.

Tutti, autori e testi, sono d'accordo, ovviamente, nel distinguere la forma dello *statute* dal contratto formale in senso proprio. Il *memorandum* dello *Statute of Frauds* deve perfino menzionare la *consideration*.

(15) Fra i più importanti: i contratti di fideiussione o garanzia per una obbligazione altrui; contratti *in consideration of marriage;* contratti che non possono essere eseguiti durante l'anno dalla loro formazione; contratti (come obbligazioni) concernenti la vendita di diritti immobiliari (*interests in land*); vendita di beni mobili al di sopra di 10 sterline o di altra somma. Cfr. autori e testi citati a nota precedente.

tanto per l'obbligazione di colui che è il convenuto, cioè contro il quale si chiede l'esecuzione dell'obbligazione.

— Non occorre che lo scritto contenga una dichiarazione dispositiva o di volontà. Può essere formato prima o dopo la conclusione del contratto, e può anche trattarsi di una lettera diretta ad un terzo la quale faccia menzione del contratto nei suoi estremi essenziali.

— La sottoscrizione può trovarsi al principio, nel mezzo o alla fine del documento.

— La mancanza dello scritto ha per solo effetto il rifiuto dell'azione in giudizio; ma l'esecuzione spontanea del contratto è valida, e talvolta la sola esecuzione parziale o la dazione di una caparra può produrre gli stessi effetti di quello scritto (16).

Gli autori inglesi di *common law* dicono che si tratta di una forma richiesta soltanto per la prova (*evidence*) e non per l'esistenza giuridica del contratto (17). Ma, d'altro lato, è una prova senza la quale l'azione non può essere proposta (*brought*), poichè è la sola prova ammessa: la stessa confessione e il giuramento del convenuto non bastano (18).

---

(16) Su tutto ciò v. autori citati sopra a nota 14. Le formalità variano nei vari Stati dell'Unione Americana: Cfr. WILLISTON, *op. e loc. cit.* e *Restatement* americano, cit.

(17) V. autori citati a nota 14. Negli Stati Uniti la soluzione non è sempre chiara. Salvo alcuni Stati in cui si dispone che la mancanza della forma dello *Statute of Frauds* produce nullità del contratto, l'interpretazione corrente è che non si tratti di nullità, pur non ritenendosi sempre e senz'altro che si tratti di mera prova. Il contratto, cioè, è valido sotto altri aspetti, ma non può essere la base di un'azione in giudizio (cioè, *enforceable*), se non sia provato (*evidenced*) dallo scritto: WILLISTON, *Contracts*, § 451 segg.; *Restatement* americano sui *Contracts*, § 11 e 217 segg.

(18) La *raison d'être* dello *Statute of Frauds* si spiega con le particolari condizioni dell'epoca in cui venne emanato e con le relative regola sulla prova, che escludevano, fino alla metà del secolo XIX, la testimonianza della parte, onde varie sono le proposte di riforma dello *Statute* come un anacronismo. Cfr. ANSON, *Contracts*, p. 66 in nota; CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts*, p. 136, segg.

Ciò fa sì che, mentre, dal punto di vista esterno della formalità, lo scritto richiesto si avvicina al nostro principio di prova scritta (art. 1347 c. civ. francese; art. 2724 c. civ. italiano, ecc.), nei suoi effetti pratici il requisito dello scritto va al di là della concezione nostra di una forma *ad probationem*. E ciò in quanto nei paesi di *civil law* e secondo il nostro costume e la nostra mentalità, quando si richiede lo scritto *ad probationem* s'intende escludere soltanto la prova per testi e per presunzioni, e non anche la confessione o il giuramento.

Ne consegue la possibilità di seri inconvenienti nei rapporti di diritto internazionale privato, quando i giudici di *common law* ritengano che la forma « *ad probationem* » dello *Statute of Frauds* e simili concerna la procedura e non il diritto sostanziale, e un contratto orale soggetto allo *Statute* sia stato fatto in un paese di *civil law* ove il contratto stesso non sia soggetto ad una forma equivalente, nei suoi pratici effetti, a quella dello *Statute of Frauds* (19).

c) *Rimedi contro il formalismo dell'act under seal, failure of consideration, etc.*

Questo tema è connesso con quello trattato sopra al § 22 *sub b* e *sub e*. Si tratta, cioè, di vedere cosa avviene quando (per usare un nostro concetto) la « causa », per cui fu fatto un *deed,* non sussiste o non si realizza; cioè quando la *consideration* non è di fatto prestata o quando non sussiste l'obbligazione precedente. Sotto quest'ultimo rispetto conviene tener presente che la « causa » (o *consideration,* in senso improprio) per cui fu fatto il *deed,* può anche essere un'obbligazione precedente, che, del resto, sarebbe assorbita nella promessa formale (v., su ciò, § 28 *sub a*).

Come s'è visto, l'*act under seal* può anche contenere una promessa « *causale* », cioè stabilire la *consideration,* o le condizioni da cui si fa dipendere la promessa (ivi compresa, ad esempio, la sussi-

(19) Cfr. Anson, *Contracts,* p. 76-77; Cheshire and Fifoot, *Contracts,* pp. 153-154 e citazioni di *cases* ivi.

stenza di un'obbligazione precedente). Dato che la forma consiste soltanto nello scritto e nel sigillo, nè sono stabilite formule rigide del promettere, tutte quelle condizioni possono esservi contenute. E l'attore deve allora provare che la *consideration* è stata adempiuta, come in ogni promessa causale: v. sopra § 22 *sub e* da nota 23 in poi.

Tuttavia all'origine queste condizioni, ivi comprese quelle della *consideration* e della sussistenza di un'obbligazione precedente, dovevano risultare dalla forma, altrimenti non valevano e l'attore poteva ottenere l'*enforcement* della promessa senza aver dato la *consideration* o senza che, in genere, quelle condizioni fossero adempiute: v. sopra nota 1. Era la concezione stretta della promessa formale e degli inerenti metodi di interpretazione: v. sopra § 22 *sub e* da nota 23 in poi.

Ma ben presto l'*equity* concesse un *relief* mediante *injunction* di non far valere l'atto pei casi in cui una *consideration* (ivi compresa, pare, l'obbligazione precedente), non riprodotta nel *deed,* era stata concordata (benchè tale *relief* non fosse concesso pei casi in cui una semplice *condition* era stata concordata ma non riprodotta nel *deed*). E in tale caso contro la promessa formale il promittente poteva invocare la mancata realizzazione o *failure* di quella *consideration.* Questo intervento dell'*equity* stava sulla stessa linea di altri interventi in caso di illiceità, frode, errore, pagamento senza formale *release* o cancellazione del documento: e sotto l'aspetto dell'errore poteva anche farsi valere l'inesistenza della supposta obbligazione precedente (v. l'analogo procedimento del diritto romano rispetto alla *stipulatio*: sopra § 22 *sub e* da nota 23 in poi).

Più tardi il rimedio per *failure of consideration* venne accolto anche dalle Corti di *common law* (20).

In pratica si trattava di vedere se si potesse contro, in aggiunta o a modifica dell'*act under seal,* provare *by extrinsic evidence* che una determinata *real consideration* era stata convenuta, quando l'at-

(20) Cfr. WILLISTON, *Contracts,* § 109 e 205 e citazioni ivi; CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts,* p. 5 nota 2,

to non recitasse alcuna *consideration* o esprimesse una *nominal consideration* o l'esprimesse in termini generici come « *for divers good considerations* ». E la prova estrinseca venne ammessa, ivi compresa la prova di una *additional consideration,* anche pel caso in cui l'atto pur esprimesse una *substantial consideration* (21).

Secondo questa concezione, l'atto formale è sempre valido per sè: il convenuto non può limitarsi a provare (come nel caso dei *negotiable instruments*) che non è stata convenuta alcuna *consideration,* appunto perchè la forma rende valida anche una *gratuitous promise* (22).

E' assai dubbio che si possa parlare qui di astrazione, nel senso della coesistenza di due rapporti, uno derivante dall'atto formale e l'altro ad esso sottostante o rapporto fondamentale influente sul primo rapporto come mezzo di sua neutralizzazione (v. § 22 *sub e* e nota esplic. n. 3).

Sembra piuttosto che si debba parlare di un rimedio di carattere equitativo (nel senso nostro), rimasto tale anche quando esso venne accolto dalle Corti di *common law*: un rimedio contro un atto formale fonte per sè di obbligazione. Già sta in questo senso il fatto che soltanto le ingiustizie più gravi danno luogo al rimedio, come la *failure of consideration,* e non una qualunque eccezione tratta dal c.d. rapporto sottostante e che si potrebbe far valere (almeno con separato giudizio) in questo rapporto, se esso non fosse stato assorbito nell'atto formale. Il che mostra che tale rapporto sottostante in realtà più non sussiste, accanto al rapporto creato dall'atto formale, come invece nell'astrazione, ma resta appunto assorbito o *merged.*

---

(21) Cfr. HALSBURY, *Laws of England,* 1933, vol. X, voce *Deeds and other instruments,* n. 333 e citazioni ivi; WILLISTON, *Contracts,* § 217 e citazioni ivi.

(22) Quando il convenuto ha provato che una data *consideration,* (non menzionata nell'atto) è stata convenuta, ma era ancora da prestare al momento della formazione del *deed,* si tratta di vedere se l'attore dovrà provare di averla prestata o se la prova negativa incombe al convenuto. Sembra che, trattandosi di un rimedio come *relief* o *defense* contro l'atto, l'onere della prova incomba al convenuto. Ma v. quanto si dirà *infra* sulla *consideration* come oggetto di una prova integrativa del contenuto dell'atto formale.

Non v'è coesistenza di due rapporti, ma un solo rapporto (23) pur soggetto a qualche rimedio equitativo.

Si tratta di una situazione analoga ad altre, proprie del passaggio da un atto formale ad un atto astratto o addirittura concreto: un *quid medium* fra l'atto formale puro e queste altre situazioni: v. sopra § 22 *sub e* da nota 23 in poi.

Ma sarebbe azzardato concludere per una completa assimilazione alla *stipulatio* romana, quando sorsero i rimedi dell'*exceptio doli* e della *condictio stipulationis*. Anzitutto, altri rimedi, oltre quelli summenzionati, sono concessi dall'*equity* quando le venga richiesta dal promissario la *specific performance* o altro provvedimento in *equity*: in tal caso, per rifiutare questi provvedimenti, l'*equity* può dare importanza a presupposti e a errori che non sono rilevanti nel diritto stretto o *at law* (e che non erano rilevanti nel diritto romano) (24). In secondo luogo non è ingiustificata l'impressione che l'am-

---

(23) V. anche quanto si dirà *infra* a proposito della prova delle *previous negotiations* come prova integrativa dell'atto formale; sicchè la parte di tali accordi, così provabile e provata, sembra concernere un rapporto che fa parte integrante del *deed* e non che sussiste *accanto* ad esso.

(24) Cfr. HALSBURY, *op. e loc. cit.*, n. 331; CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts*, p. 503, 191 e 207. In questo senso ed entro questi limiti è ammessa una *extrinsic evidence* delle *previous negotiations* contro, in aggiunta o a modifica del documento, anche quando non si tratti del *failure of consideration*.

In genere sembra ammessa anche una *extrinsic evidence* a scopi interpretativi, quando il linguaggio del *deed* lascia dubbi: è allora permesso il ricorso alle *previous negotiations* e al comportamento delle parti successivo al *deed* (cfr. HALSBURY, *loc. cit.*).

Così stando le cose, sembra che il *deed* si avvicini, sotto questi rispetti, al nostro atto notarile (a parte la questione del falso), per il quale anzi l'ammissibilità della prova orale circa l'esistenza di una *consideration* (condizione, onere o controprestazione) non risultante dall'atto lascerebbe luogo a gravi dubbi. Ma sussiste sempre la fondamentale differenza che l'*act under seal* fonda un'obbligazione come atto formale, un'obbligazione la cui « causa » onerosa o gratuita, è indifferente (salvo rispetto alla domanda di *specific performance*) quanto alla misura della responsabilità, alla rilevanza dei motivi, alle regole d'interpretazione. L'*act under seal* infatti crea la generica e uniforme *legal obligation*: v. sopra *sub a*.

missione dell'*extrinsic evidence* nello stesso caso di *failure of consideration*, rappresenti semplicemente una regola generale in materia di prova contro il documento anche *non sealed*: e così che il c.d. rapporto fondamentale faccia parte integrante, in questo caso, del rapporto nato dall'*act under seal*, tanto che le *previous negotiations* appaiono come oggetto di prova in aggiunta, contro, o a modifica dell'atto scritto.

Conviene quindi andare molto cauti nel definire o classificare l'*act under seal* secondo i nostri concetti generici di atto formale e di astrazione o secondo la situazione propria della *stipulatio* romana; occorre tener conto dei particolari rimedi concessi in *equity* e *at law*, della coesistenza e dell'intersecarsi di queste due fonti di diritto.

d) *L'atto astratto. La promessa astratta e il billet non causè* (*v.* § 22 *note esplic. n.* 3 *e* 4).

Connesso coi problemi esaminati alle lettere precedenti è anche quello dell'atto astratto. Ci limitiamo a qualche breve cenno.

La cambiale e i *negotiable instruments* o titoli di credito in genere non sono *formal contracts*, ma appartengono ai *simple contracts*: v. anche sopra *sub b* (25). Come tali, nei rapporti fra le parti originarie, essi sono soggetti al requisito della *consideration* (26). Ma questa può eccezionalmente (v. § 28 *sub a*) consistere in una obbligazione

(25) Cfr. Anson, *Contracts*, p. 65; Cheshire and Fifoot, *Contracts*, p. 423; Halsbury, *Laws of England*, cit., voce *Bills of exchange*, n. 890 e 891 che richiama tutte le regole sulle *considerations*, ivi compresa la *nominal consideration*; v. *cases* ivi citati. Negli Stati Uniti si parla di *formal contracts*, anche a proposito dei *negotiable instruments*; ma si fa notare subito che non trattasi di *formal contract* equivalente all'*act under seal* quanto al requisito della *consideration*: sicchè, secondo alcuni, è inesatto parlare di *formal contract*. Cfr. Williston, *Contracts*, § 221 e 108; e § 7 *Restatement* americano sui *Contracts*.

(26) V. autori citati a nota precedente. Salvo per alcuni Stati dell'Unione Americana che ammettono la validità di una promessa scritta in genere, anche senza *consideration*. Cfr. Williston, *Contracts*, § 218 e 219-A.

precedente (27); in questo caso si ha una nuova promessa che crea una nuova obbligazione. *Ergo,* se un *bargain* (ad esempio, una vendita) è già stato formato nel passato, il rilascio di una cambiale per una delle obbligazioni che ne sorgono ha, come *consideration,* questa obbligazione e non la *consideration* data per quel *bargain.* Sicchè il caso di una cambiale o di un *negotiable instrument,* che abbia una *consideration* in senso proprio, cioè che rappresenti la parte di un *bargain* (v. § 26), sembra limitarsi al caso in cui il titolo sia rilasciato all'atto stesso del *bargain,* caso assai difficilmente distinguibile dal precedente, o a quello in cui si tratti di un'*executed consideration* ancora da compiere (v. sopra § 26 e 29).

In linea di principio il promissario dovrebbe provare:

1°) la *sufficient consideration,* nel senso generico di cui sopra, ivi compresa l'esistenza di un'obbligazione. Una promessa cambiaria senza il *seal,* rilasciata a titolo di donazione o di *gratuitous promise* in genere, è nulla fra le parti originarie (28).

2°) l'effettiva dazione o compimento della *consideration,* se del caso, e in genere tutti i fatti base di una comune azione contrattuale.

---

(27) Cfr. *Bills of exchange act* inglese del 1882, sect. 27; e per gli Stati Uniti la *Uniform negotiable instruments law* (adottata con qualche modifica nei vari Stati), sec. 25. La legge inglese parla di un *antecedent debt or liability* (obbligazione in genere). La legge americana parla soltanto di un *antecedent or preexisting debt* (che, tecnicamente, significherebbe un'obbligazione avente ad oggetto una somma certa e liquida). Cfr. CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts,* p. 57-58; HALSBURY, *op. e loc. citt.;* WILLISTON, *Contracts,* § 108, 143 e 1146. Il Williston fa osservare che l'art. 25 della *Un. Neg. Instr. Law* sembra riferirsi al concetto di *value o consideration* rispetto al terzo acquirente del titolo *for value* o *holder in due course.* Tuttavia deve applicarsi anche ai rapporti fra le *immediate parties,* quando il titolo è dato *in discharge of an antecedent debt* fra le parti che verrebbe così assorbito o *merged* nella nuova promessa (*op. cit.* § 108 e 221). Ma non può applicarsi al caso in cui la cambiale sia data o sottoscritta a garanzia di un debito altrui (v. *infra* § 35 *sub c* nota 14).

Se poi l'obbligazione precedente è un'obbligazione cambiaria senza *consideration,* e quindi nulla fra le parti, la cambiale di rinnovo è nulla anch'essa, per l'inesistenza di un'obbligazione precedente (v. autori citati).

(28) Quanto alla possibilità di conciliare l'apposizione del *seal* con la *negotiability* di un *instrument,* cfr. WILLISTON, *Contracts,* § 221.

Ma in via eccezionale per i *negotiable instruments* si stabilisce la presunzione che una *sufficient consideration* sia stata convenuta e data, o che sussista una valida (e, se del caso, liquida) obbligazione precedente e in genere che sussistano tutti gli elementi di che *sub* 2° (29). V'è, cioè, un'inversione dell'onere della prova analogo a quello prodotto dal nostro *billet non causé* (v. § 22 nota esplic. n. 4). V'è anche un processo sommario, analogo al nostro processo ingiuntivo, ma questo non appartiene ai soli titoli di credito (30).

Data l'insistenza sul requisito della *consideration, sempre* nei rapporti fra le *immediate parties,* sembra che l'azione si fondi sul c.d. rapporto fondamentale. D'altro lato, sembra che certe difese non siano direttamente ammissibili contro il *negotiable instrument* o, almeno, debbano essere presentate come domande riconvenzionali (*counter claim*), che il giudice può discrezionalmente rinviare in separata sede (31). Se ciò è esatto, sotto quest'aspetto e in relazione

(29) Cfr. la legge inglese cit. art. 30; legge americana cit. art. 24. V. autori citati a nota 25. Si accenna all'inversione della prova (*burden of proof*) anche quanto alle altre circostanze di cui nel testo sub 2°: v. HALSBURY, *op. e loc. citt.;* WILLISTON, *Contracts,* § 221; SLATER, *infra* cit., p. 187 segg.

(30) Su questo processo sommario, comune anche ad altri casi in cui si richiede il pagamento di una somma certa e liquida, v. un sunto in SLATER, *Bills of exchange, cheques and notes,* London, 1931, p. 187 segg. La Corte può anche subordinare il *leave to defend* (permesso al convenuto di difendersi nello *stesso giudizio*) al deposito parziale o totale della somma richiesta. Questo per le *High Courts* centrali. Per le *local Courts* è previsto un procedimento speciale pei titoli di credito, in cui la difesa è condizionata al deposito della somma o ad un *affidavit* del convenuto che ne mostri il *fumus boni juris.*

(31) Sull'importanza di questo regolamento processuale delle azioni e difese ai fini della c.d. astrazione, cfr. sopra nota esplicativa n. 3 in appendice al § 22.

Cfr. in proposito: WILLISTON, *Contracts,* § 1158; HALSBURY, *op. et loc. citt.* n. 890-898; SLATER, *op. cit.,* p. 34-35 e p. 187 segg.; CHALMERS, *A digest of the Law of bills of exchange* ecc., Londra, 1919, p. 115 segg.

Il tema di una azione cambiaria o dell'astrazione, riguardo ad un trattamento *speciale* delle difese del convenuto fra le *immediate parties,* meriterebbe uno studio approfondito. I dubbi concernono, in particolare, l'*undue influence,* la *misrepresentation* (innocente) e la *partial failure of consideration,* che non sembrano costituire difese dirette.

anche ai modi di difesa (*pleading*), si potrebbe anche dire che v'è un *instrument* il quale crea una speciale obbligazione o rapporto (c.d. astrazione) e che vale come un *deed* quanto al processo (32)

Fin qui per quanto concerne le parti originarie. Rispetto al terzo *holder in due course* la c.d. astrazione, com'è noto, è maggiore.

In alcuni stati dell'Unione americana si è ammesso che anche la semplice promessa scritta in genere, non rivestita delle forme di un *negotiable instrument,* produca la summenzionata inversione dell'onere della prova quanto alla *consideration* (che tuttavia non può consistere in un'obbligazione precedente: v. sopra § 28 *sub a*) (33). Qualcosa di analogo al nostro *billet non causé.* Ma, a parte l'eccezione di quegli Stati, nella *common law* una semplice promessa scritta, *causée* o *non causée* (che non sia un *negotiable instrument*) non produce alcun particolare effetto neppure quanto all'onere della prova: v. sopra § 28 *sub a.*

L'astrazione (usiamo sempre termini e concetti nostri), ammessa rispetto ai *negotiable instruments come promesse* anche nei rapporti fra le parti originarie, sembra ammessa in via generale rispetto al *transfer,* quando esso sia compiuto mediante consegna o altro modo formale che non sia il *deed* (per quest'ultimo valgono probabilmente, quanto al c.d. rapporto fondamentale o al *contract* che poi dà luogo al *deed* di *conveyance,* osservazioni analoghe a quelle fatte sopra *sub c*). In altri termini, la proprietà o il diritto passa e i difetti del c.d. rapporto fondamentale danno luogo ad un'azione personale di ripetizione (v. *infra sub e*).

---

(32) Cfr. WILLISTON, *Contracts,* § 221 che vede nel *neg. instrument* un *quid* da trattarsi come il *deed o specialty* o una fonte di obbligazione per sè, in relazione ai modi di azione e di difesa (*pleading*) (v. nota precedente); tanto più, dato che nella *common law* il semplice *billet non causé,* o la promessa di pagamento di un'obbligazione precedente, non produce alcun particolare effetto, ma impone sempre all'attore l'onere di provare la *consideration* e tutte le circostanze la cui prova è normalmente a suo carico (v. *infra* nel testo).

(33) WILLISTON, *Contracts,* § 218 e *Restatement* americano sui *Contracts* § 11.

Ma la *common law* ammette anche un *transfer* senza consegna e senza forma, mediante la semplice dichiarazione di voler alienare in un *bargain*. E in questo caso non si può parlare di astrazione (v. *infra* § 38).

e) *Scopo erroneo o non realizzato nella promessa e nell'alienazione* (*v. sopra* § 22 *sub b et c*).

E' questo, in certo senso, un problema indirettamente connesso con gli altri esaminati nel presente §. Tuttavia esso non concerne l'oggetto del nostro corso, se non per la confusione creata nella *civil law* fra difetto dei requisiti per il riconoscimento giuridico del contratto, fra cui la *cause suffisante*, e mancata realizzazione della « causa » come scopo (v. sopra § 22 *sub b* et *c*). Ciò posto, ne basterà osservare che una simile confusione non esiste nella *common law*.

Gli autori di *common law* distinguono infatti fra:

— la situazione in cui non è stata convenuta alcuna *consideration*, o in cui questa è *insufficient*, e in cui quindi manca un requisito pel riconoscimento giuridico del contratto (si suol parlare in proposito di *absence, lack* o *want of consideration*);

— e la situazione in cui la *consideration*, convenuta o richiesta, non è stata effettivamente prestata (si suol parlare in proposito di *failure of consideration*) (34).

In questo secondo caso:

1°) Se trattasi di *executed consideration*, il contratto non formale si perfeziona soltanto con l'effettivo compimento della *consideration* (35). Ma un legame può talvolta sussistere anche prima

(34) Sulla distinzione e su questa terminologia, del resto comune, cfr. Williston, *Contracts*, § 109 e 219 A; Anson, *Contracts*, p. 431; Cheshire and Fifoot, *Contracts*, p. 527.

(35) Dunque, se la *consideration* consiste nel compimento di un atto giuridico, ad esempio, un *trasfert*, la promessa si perfeziona soltanto con il compimento di un atto valido, salvo lo si sia voluto come mero fatto o come trasferimento del possesso.

(v. sopra § 29 nota 6). Comunque, non si può dire che manchi un requisito del contratto (*lack of consideration*), se non nel senso che manca l'*acceptance* per perfezionarlo. Nel contratto formale, poi, se la *consideration* non vi è menzionata, la mancata esecuzione di questa dà luogo ad un vero e proprio *failure of consideration* (36), nel senso di mancata realizzazione del presupposto di un contratto già di per sè perfetto (v. sopra § *sub c*).

2°) Se trattasi di un'*executory consideration*, cioè di una contropromessa, conviene tener presente che questa non è necessariamente nulla per l'impossibilità originaria della prestazione: e, comunque, la concezione della *common law* è piuttosto quella di una *frustration of contract*: v. sopra § 32 nota 2 (37). Se la contropromessa non è eseguita, anche per caso fortuito o simili, si riconosce che non vi è *want, absence o lack of consideration*, ma semplice possibilità di risolvere un contratto, in sè valido, per *failure* (*total*) *of consideration* (v. nota 34).

Quanto al caso di una promessa di adempimento di una precedente obbligazione civile insussistente (*solvendi causa*: v. sopra § 22 *sub b*), non sorge neppure il problema nei termini in cui esso sorge nella *civil law*. E ciò per la semplice ragione che questa promessa nella *common law* non vale nulla (salvo quanto ai titoli di credito: v. sopra *sub d*). Si è obbligati soltanto in base alla precedente obbligazione e nei suoi termini, se ed in quanto essa sussiste (v. sopra § 28 *sub a*).

Che se vi è stata una novazione o una promessa di dare *in solutum* o *pro soluto*, la promessa vale ovviamente soltanto in quanto esista la supposta obbligazione precedente, salvo il caso di transazione (38).

---

(36) Cfr. WILLISTON, *Contracts*, § 109.

(37) Se la contropromessa, così com'è stata richiesta, è essenzialmente nulla, o *nugatory* (v. sopra § 30 *sub b*), non si ha *failure of consideration*, ma *consideration unsufficient* o *unreal*, appunto perchè la contropromessa è stata data così come richiesta.

(38) Su questo tema e in genere sull'*accord and satisfaction* cfr. il mio

Fin qui si è accennato al caso di una promessa non formale. Se la promessa, fatta (per usare la nostra terminologia) *adquirendi* o *solvendi causa,* è formale, gli effetti della mancata realizzazione della *consideration* o dell'insussistenza dell'obbligazione precedente dipendono dalla portata del carattere formale dell'*act under seal* (v. sopra *sub c*).

Quanto ad un atto d'alienazione, fatto *adquirendi* o *solvendi causa,* se esso consiste in una mera dichiarazione non formale di voler trasferire una cosa certa e determinata, le soluzioni sono quelle stesse che si sono accennate per la promessa non formale, dato che i due atti sono assimilati (39).

Che se trattasi della consegna di una cosa mobile, ivi compresa una somma di danaro, o di un atto di *transfert* rivestito di certe forme, allora l'inesistenza dell'obbligazione precedente o il non realizzarsi in fatto della *consideration* (*executed* o *executory*), possono determinare un diritto alla restituzione, mediante un'azione personale, nei limiti e nei termini in cui può sorgere in questi casi un c.d. *quasi-contract* (40). Anche in questi casi, mai gli autori di *common law* confondono il *lack of consideration,* quale requisito per il riconoscimento giuridico di un contratto, con la *failure of consideration* e in genere con la realizzazione dello scopo, più o meno rilevante, dell'alienante o del promittente.

Non ci indugiamo oltre su questi problemi, poichè essi non rientrano nell'oggetto del nostro corso.

---

articolo *La rinuncia, il contratto modificativo ecc.* in *Riv. dir. comm.* 1952, I, p. 408 segg.

(39) Cfr. il mio articolo, *Causa, consideration e forma nell'atto d'alienazione inter vivos* in *Riv. dir. comm.,* 1952, I, p. 257 segg. e *infra* § 38.

(40) La dottrina del *quasi-contract* è assai complicata, specie quanto al caso di pagamento per errore di fatto. Cfr. CHESHIRE and FIFOOT, *Contracts,* p. 15-16 e 517 segg. Un caso di pagamento ripetibile per un'obbligazione precedente insussistente può aversi quando il pagamento o esecuzione in genere di un'obbligazione avvenga per un contratto nullo o per un contratto risolto a causa di inadempienza della controparte (l'analogo della nostra « causa finita »: v. sopra § 22 *sub b*). Cfr. CHESHIRE and FIFOOT, *op. cit.,* p. 526-530.

§ 35

Conclusioni

a) *Contractus* e *consensus.*

Il problema, che ci eravamo proposti nella prefazione, era quello di vedere se gli ordinamenti di *civil law* e di *common law* ci offrano l'esperienza di una pura obbligazione contrattuale, di una responsabilità, cioè, fondata sul puro fatto di aver promesso, senza il concorso di giuste cause o simili che determinino la responsabilità stessa.

Abbiamo visto che in linea di principio occorre almeno un affidamento generico, quello risultante da una dichiarazione di accettazione, intesa come manifestazione di una aspettativa o « *expectation* » (v. § 17 e 28 *sub b*).

Ma anche considerando questa situazione di una promessa seguita da quella dichiarazione, il problema summenzionato è assai delicato. E avanzare delle conclusioni in proposito non è facile.

Possiamo tuttavia dire, con un certo fondamento, che, a parte il contratto formale (1), una pura obbligazione contrattuale si trova, sia negli ordinamenti di *civil law* che in quelli di *common law,* soltanto nel contratto di scambio in senso lato, cioè in quello in cui le parti si fanno delle reciproche concessioni o consentono dei reciproci sacrifici (uno dei quali può anche non essere in *obligatione,* ma costituire, in quanto viene o verrà compiuto, la base dell'accordo: v. sopra § 2 *sub b;* § 3 *sub a;* § 10 *sub a;* § 26 *sub c e* § 29). Questo atteggiamento dei vari ordinamenti giuridici si fon-

(1) Nella forma potrebbe comprendersi anche la nostra forma dell'atto notarile per la donazione, quando il donante s'impegni espressamente a trasferire la proprietà o a garantire contro l'evizione e i vizi della cosa. Ma, anche in questo caso, la causa gratuita gioca nel determinare e proporzionare la responsabilità, anche in relazione alle c.d. regole di interpretazione (v. sopra § 15).

da, oltre che su ragioni di giustizia commutativa e di certezza e solidità dei rapporti di scambio, anche sull'esperienza che normalmente soltanto in questi contratti le parti intendono assumere un'obbligazione puramente contrattuale nel senso suaccennato.

Contractus è stato ed è assai spesso sinonimo di scambio o questo è, almeno, il contratto *par excellence* (v. sopra § 3 e 4 § 26 *sub e* nota 18). Soltanto rispetto alle promesse contenute in questi contratti si può dire con sicurezza che si deve pagare per aver promesso.

A queste promesse la *civil law* aggiunge anche certe promesse interessate, in particolare le promesse unilaterali o le offerte irrevocabili (anche non formali) di un contratto di scambio, probabilmente pel particolare affidamento, ormai d'uso, che esse determinano.

All'infuori di questi casi, la gratuità della promessa determina l'intervento di regole speciali sulla *cause juste,* la proporzione fra interesse del creditore e peso del debitore, la ricerca di un particolare affidamento fatto dal primo, o il pregiudizio sofferto, la moderazione, comunque, della responsabilità di chi promette a titolo gratuito anche mediante la c.d. interpretazione a lui favorevole, ecc. (v. sopra §§ 14 *sub e,* 14 bis, 15, 20 *sub b,* e 27 *sub c*).

Sicchè, se si vuol ritenere che anche il contratto di scambio costituisce un *vestimentum* della promessa (e tale sembra essere), allora come fonte di una pura obbligazione contrattule resta soltanto la forma, nella fase di sviluppo in cui, avendo perduto il suo valore mistico, essa è assunta come indice sicuro della volontà di obbligarsi sul piano giuridico (e anche qui con qualche limitazione).

Di questa forma la *common law* ci offre ancora l'esempio.

Quanto alla *civil law,* essa non soltanto ha abbandonato la promessa formale, ma ha anche, almeno come tendenza, ristretto l'ambito del contratto di scambio, quale fonte di pura obbligazione contrattuale, allo scambio tipicamente economico. (2).

---

(2) V. sopra § 10. Anche secondo la giurisprudenza francese citata al § 10 *sub c,* in presenza del (supposto) intento di « *donare* » *avec charges* la responsabilità per l'evizione è esclusa, quando la *charge* non ha valore economico, mentre la legge o la giurisprudenza dicono che nella donazione *avec*

Sicchè si può dire che la *common law* è più larga della *civil law* nell'ammettere una pura obbligazione contrattuale, sia perchè la connette ad uno scambio non tipicamente economico, sia perchè ammette la *nominal consideration* (3) e il contratto formale.

Considerazione, questa, che gli autori troppo spesso trascurano quando parlano di un più largo od elastico riconoscimento dell'obbligazione contrattuale (pura?) nella *civil law*.

In relazione a tutto ciò il concetto di « consenso » forse meriterebbe di essere riesaminato. E ciò non perchè ci interessino indagini psicologiche del genere, ma perchè probabilmente quel concetto è stato la fonte di equivoci sul fondamento (giusnaturalistico) dell'obbligatorietà del nudo patto.

Il *consensus*, come accordo, sembra esistere soltanto nel *contractus* quale « consenso di una reciproca concessione o sacrificio ». Soltanto quando si tratta di reciproche concessioni o sacrifici, si può dire che ciascuna parte consente o si accorda; e non avrebbe senso parlare di accordo o consenso per chi non concede nulla e si limita ad accettare (mera dichiarazione di aspettativa o *expectation*) la gratuita promessa altrui o, in genere, l'altrui gratuita attribuzione di un bene (v. sopra § 17 nota 4).

Non è azzardato ritenere che tutto il concetto psicologico del *consenso*, assunto come base del *pacta sunt servanda*, sia stato costrui-

---

charges in caso di evizione il donante risponde soltanto pel valore della *charge* (§ 15 *sub b*). Se poi l'onere o *charge* ha valore economico, la sussistenza di una responsabilità, per l'evizione o i vizi della cosa, limitata a quel valore ovvero piena, dipende sempre dall'intento delle parti (di donare o di scambiare). Si può dire pertanto, anche rispetto alle donazioni *avec charges*, che in presenza di una *causa donandi* soggettiva o oggettiva (v. § 10 *sub b* et *c*), la responsabilità non è puramente contrattuale, ma dipende dalla *causa donandi* e vi è commisurata.

(3) La *nominal consideration* dà luogo ad una responsabilità contrattuale pura (senza riguardo alla *causa donandi* come *cause juste* o di proporzione). Invece, nella *civil law*, anche là dove si ammette la validità di una donazione dissimulata sotto uno scambio, la responsabilità è sempre quella determinata e commisurata dalla *causa donandi*.

to sul *contractus par excellence,* cioè sul contratto di scambio in senso lato, in cui ciascuna parte consente una reciproca concessione o sacrificio o, comunque, si obbliga per aver ottenuto una concessione dall'altra parte.

Senonchè v'è un passaggio graduale e pieno di sfumature o *nuances* da tale consenso, come consenso di una reciproca concessione, alla mera dichiarazione di aspettativa o *expectation.* In questa zona di passaggio giacciono i casi in cui v'è come sottinteso, in modo più o meno saliente, che il donatario o il promissario a titolo gratuito farà qualcosa sull'affidamento determinato dalla promessa. In simili situazioni, ove il carattere più o meno saliente del sottinteso determina quei passaggi graduali e sfumati, v'è già qualcosa di più che una mera dichiarazione di aspettativa, qualcosa che sa già un po' di accordo o di consenso, benchè quel qualcosa non costituisca ancora un sacrificio domandato e « consentito » in cambio della promessa altrui. In questa zona grigia giace probabilmente la « accettazione » di un'opzione o della promessa unilaterale di un contratto di scambio, rispetto alla quale il sottinteso di una qualche condotta sull'affidamento della promessa sembra divenuto normale e quasi assunto come tipico dalla (nostra) legge.

Vi sono poi casi in cui basta questo generico sottinteso di un affidamento per rendere obbligatoria (nella *civil law*) una promessa, come per la proposta irrevocabile di un contratto o per le promesse al pubblico (per le quali concorrono anche altre ragioni: v. sopra § 12).

Il concetto giusnaturalistico e apparentemente psicologico del « consenso », come base dell'obbligazione contrattuale, e come prodotto di una generalizzazione del consenso nel *contractus par excellence,* va quindi riveduto. E ciò per sceverare quei *pacta,* che *sunt servanda* sulla base del « consenso » di reciproche concessioni o sacrifici, da quegli altri *pacta* ove il cosidetto accordo o consenso del promissario consiste in una mera dichiarazione di aspettativa, corroborata talvolta dal sottinteso, più o meno accetuato, di una qualche condotta che si terrà sull'affidamento della promessa, e ove la

obbligazione non si fonda sul mero promettere accettato, ma si determina e commisura anche rispetto ad altri elementi o a cause giuste di carattere non strettamente contrattuale.

b) *Cenni riassuntivi sulla common law e qualche indirizzo per la valutazione dei due sistemi contrattuali, di civil law e di common law.*

Le considerazioni che precedono ci hanno mostrato un sistema contrattuale costruito lentamente dalle Corti di *common law* o di diritto stretto, con larghi interventi e rimedi dell'*equity*. Che il diritto stretto si affermi in linea di principio in materia di contratti, con l'intervento di rimedi equitativi, sembra salutare per l'educazione del cittadino come contraente. Da questo punto di vista, un ordinamento sviluppato e poi organizzato sulla base di quelle due fonti, il diritto stretto e l'*equity* (cfr. l'equità pretoria romana), merita la più attenta considerazione (4).

Il sistema contrattuale così costruito non è certo quello del nudo patto, e le corti e gli autori di *common law* lo affermano espressamente e solennemente.

Ma neppure il sistema di *civil law*, nonostante le contrarie apparenze create da altrettante solenni proclamazioni, è quello del nudo patto (v. sopra § 24).

Mentre nella *civil law* il sistema dei *vestimenta* dei patti, cioè dei requisiti oggettivi oltre il mero « consenso », sembra sopratutto

(4) Cfr. in proposito LAWSON, *The rational strength of English law*, cit. p. 56-57 e 63, ove l'A. sostiene che l'applicazione del diritto stretto ai contratti, specie in tema d'interpretazione e d'errore che egli ritiene connesso col principio della *consideration* (v. anche sopra § 30 *sub a*), è un'espressione del peculiare senso di libertà del popolo inglese. E sano gli pare che l'errore, invece che concepirsi quale un mero vizio di consenso, costituisca spesso l'oggetto di un intervento dell'*equity* come rimedio contro chi vuol trar profitto dall'errore altrui avendolo determinato con la propria condotta (*innocent misrepresentation*: v. sopra § 32 *sub b*).

ispirato alla protezione del promittente, e tali sono le cause *suffisante, raisonnable* e *juste;* nella *common law* il sistema, anche nei suoi recenti sviluppi, sembra ispirato alla protezione dell'affidamento del promissario (v. § 26, 27).

Nella *common law* l'esistenza di un *particolare* affidamento risultante in certi modi è, per così dire, la veste del *pactum nudum.* La protezione del promittente, come esigenza di volontà ponderata, vi è attuata implicitamente o indirettamente, oppure ricorrendo addirittura alla forma o alla *nominal consideration;* le quali in realtà sono richieste anche per promesse sostanzialmente interessate o non gratuite, e all'origine probabilmente non avevano quell'ispirazione.

Anche oggi l'affidamento o *reliance* e la preoccupazione per l'accertamento della volontà di obbligarsi giuridicamente sembrano i soli problemi che determinano la formazione e lo sviluppo del diritto contrattuale di *common law* (v. sopra § 31). Le riforme e le proposte di riforma hanno, per così dire, carattere tecnico e non sono certo ispirate alla concezione della funzione economico-sociale del contratto, la quale ha, del resto, una portata piuttosto teorica nella stessa *civil law* (v. nota in fine al § 31).

Abbiamo fatto, tutte le volte che se ne è presentata l'occasione, una comparazione fra la *common law* e la *civil law.* Lasciamo allo stesso studente o al lettore di tentarne una sintesi ed una valutazione, e di vedere che cosa si possa fare di sistematico e coerente anche in un ordinamento non codificato (5).

Ai fini di questa sintesi e di questa valutazione, il lettore non dovrà dimenticare che il sistema di *common law* rappresenta, senza soluzione di continuità, lo sviluppo del diritto medievale, con l'impronta indelebile delle *forms of actions,* e con certe caratteristiche nazionali dovute anche ai costumi, e alle idee politico-sociali e religiose che si svilupparono nell'isola durante i secoli XVI e XVII (6).

---

(5) Per un'indirizzo si cfr. l'interessante valutazione comparativa di LAWSON, *op. cit.*, p. 41 segg.

(6) V. sopra § 26 e 30 *sub a*, e il mio articolo *Appunti sul contratto obbligatorio* ecc., in *Riv. Trim. di dir. e proc. civile,* 1953 § 11.

Converrà anche che lo studente o il lettore non si lasci impressionare dal formalismo, dalle finzioni, o dalle apparenti ipocrisie, assai frequenti nello sviluppo della *common law.*

Se per i contratti atipici e gratuiti la *common law* ricorre allo schema del *bargain,* anche per casi che nell'intento delle parti sono donazioni; la *civil law* non è da meno, poichè ricorre per quegli stessi contratti allo schema della donazione, che spesso non corrisponde al reale intento delle parti. L'attento lettore potrà rendersi conto per quali diverse ragioni storiche l'adozione, in ciascun sistema, delle due opposte « ipocrisie », sia avvenuta. Ragioni che non stanno certamente nel c.d. « utilitarismo anglosassone (7).

Ancora: prima di valutare il sistema contrattuale di *civil law* e quello di *common law,* converrà mettersi nel contatto più intimo possibile con la giurisprudenza o la *judge made law,* e vedere i giudici all'opera possibilmente nel loro ambiente e nell'organizzazione giudiziaria in cui operano. Non si raccomanderà mai abbastanza un contatto diretto. Un ordinamento giuridico non è un sistema astratto di regole, ma è ancora l'uomo; le regole o il sistema non sono che l'ipostasi di una società, un *ethos,* una storia, considerati *sub specie juris.* Dovendo stare chiusi in una stanza o limitarsi a visitare i nostri tribunali, non raccomanderemo mai abbastanza allo studente o al lettore di leggere e meditare i casi raccolti nel vol. II.

Infine, prima che il lettore formi il suo giudizio, dovrà tener conto anche degli inconvenienti che presenta il sistema del *bargain* nella *common law,* e dell'atteggiamento di questa rispetto alle nostre donazioni; poichè da tale atteggiamento risulta che, mentre nella *civil law* una *business-promise* è più facilmente sanzionata o « *enforceable* », e più difficilmente lo è una donazione, l'opposto si verifica nella *common law,* il diritto dei paesi ove gli affari sono più sviluppati.

Accenniamo brevemente a questi inconvenienti che presenta il

---

(7) V. *infra sub c* e il mio articolo *Causa, consideration e forma* ecc. in *Riv. dir. comm.,* 1952, I, p. 274.

sistema della *common law* nel campo degli affari o, come dicono, delle *business promises*. Sono questi inconvenienti che hanno determinato alcune riforme o proposte di riforma o, per lo meno, dei tentativi giurisprudenziali di riparare agli inconvenienti stessi (v. sopra § 27 e 31).

c) Continua: *gli inconvenienti della common law nel campo degli affari. La logica dell'esperienza.*

Ecco in sunto le promesse o, in senso generico, i patti il cui riconoscimento giuridico trova ostacoli nel sistema contrattuale di *common law*:

1°) La promessa unilaterale di vendita, l'opzione e l'offerta irrevocabile (8).

2°) Il contratto di somministrazione o di fornitura (v. ad esempio art. 1559 c. civ. italiano), quando il fornitore assume l'obbligo di prestazioni periodiche di cose o servizi, ivi compreso gas, elettricità, ecc., senza che dall'altra parte vi sia una *consideration,* come l'obbligazione di non fornirsi presso altra persona, ecc. (9).

3°) Le promesse a titolo di réclame, salvo alcuni casi particolari in cui si possa vedere una *consideration* (v. sopra § 28 nota 10).

---

(8) V. sopra § 28 *sub b* e § 27 nota 2; § 32 nota 11; nonchè il mio articolo *La rinuncia, il contratto modificativo,* ecc., in *Riv. dir. comm.,* 1952, I, p. 412-413.

(9) La *common law* ha trovato gravi difficoltà a sanzionare la promessa del fornitore. Cfr. nel vol. II il caso *Great Northern Railway Company* v. WITHAM ove, per sanzionare la promessa di una fornitura richiesta dal cliente (ma non le successive), si ricorre all'espediente di vedere nella richiesta o ordine di fornitura una *consideration*. Cfr. anche *Percival Et.* v. *London County Council* (1918) 87 *Law Journal* (K. B.). Talvolta si ricorre all'espediente di una presunta o *implied* contropromessa (*consideration*) di fornirsi presso il fornitore, o all'espediente di essere molto larghi nell'interpretare il contratto in questo senso: cfr. *Lima Locomotive and Machine Co.* v. *National Steel Casting Co.* (*Circuit Court of Appeals of U.S.,* 1907) e la serie di casi citati da CORBIN, *Cases on Contracts,* 1947, cit., p. 261 segg.

4°) Le promesse di un premio o di una ricompensa, che di solito avvengono per una *executed consideration,* e sono quindi revocabili finchè questa non sia completamente prestata, ivi comprese le promesse al pubblico (v. sopra § 29 e ivi gli espedienti o le finzioni tentate per rendere vincolanti, fino ad un certo punto, queste promesse).

5°) La concessione di una dilazione al debitore, la remissione parziale di debito e la riduzione degli interessi; patti, che assai spesso avvengono senza una *consideration* e che non possono averla nella promessa, pur interessante, di pagamento da parte del debitore (v. sopra § 30 *sub b*); ma che tuttavia, si fanno per un interesse serio ed economico da parte del creditore. Lo stesso concordato, a stretto rigore, non avrebbe valore (10).

6°) Le promesse, in genere, che hanno come *consideration* l'impegno di eseguire un'obbligazione precedente e che, anche a prescindere dal caso di transazione, possono essere state determinate da un interesse considerevole del creditore di quell'obbligazione precedente ed avere anche una « causa giusta » (v. sopra § 30 *sub b;* § 32 *sub b*) (10 bis).

6° bis) I contratti modificativi di un rapporto giuridico precedente, nei quali molto spesso è assai difficile stabilire se chi fa, nel modicare, una concessione ha ottenuto per questa dall'altra parte un qualsiasi corrispettivo o controconcessione; e ancora è difficile stabilire quale delle due parti richiede la modifica o fa la concessione. Talchè

---

(10) Sulle acrobazie fatte per tentare di spiegare il concordato (*composition with creditors*), pur sanzionato dalle Corti, in base al principio della *consideration,* cfr. Cheshire and Fifoot, *Contracts,* p. 77 segg.; Pollock, *Contracts,* pp. 151-152 e ivi la chiosa di Winfield; Williston, *Contracts,* § 126; *Report* del *Law Revision Committee* inglese, citato n. 33.

(10 bis) Per alcuni tentativi della giurisprudenza americana di girare la regola specie nel caso dei contratti d'appalto: v. Williston, *Contracts,* § 130; e sopra il nostro § 32 nota 8; e Mancini, *La consideration ecc.* (cit. *infra* § 37) p. 1060-1061.

Per le proposte di riforma del *Law Rev. Committee* inglese, v. sopra § 32 nota 8.

il campo del contratto modificativo diventa spesso un sì intricato ginepraio, che si ricorre all'espediente di rescindere d'accordo il contratto e farne uno nuovo (v. il mio articolo citato a nota 8) (11).

7) Le promesse di pagamento di un'obbligazione (civile) precedente, che non hanno neppure l'effetto del *billet non causé,* salvo pel caso dei *negotiable instruments* (v. sopra § 28 *sub b* e § 34 *sub d*).

8) La vendita mediante apertura di credito confermato da parte di una banca che si obbliga verso il venditore a pagargli il prezzo, con o senza presentazione dei documenti da parte dello stesso venditore (12). La *consideration* alla banca è prestata dal compratore e non dal venditore che pertanto non avrebbe azione contro la banca, per la regola che *consideration must move from the promisee.* Questa regola si applica in genere anche ai casi in cui una persona A, che è parte del contratto, promette a due altre, B e C, pure parti del contratto, di pagare il prezzo a C per una prestazione che B s'impegna a fare ad A (13).

9) La fideiussione, quando non sia prestata al momento del sorgere del credito (nel qual caso la concessione del credito si presenta come un *detriment* subito da chi lo concede, a richiesta o *presunta* richiesta del fideiussore) o quando il creditore non conceda contestualmente una dilazione o altra modificazione favorevole al debitore (con la solita richiesta o presunta richiesta del fideiussore). Se alla

---

(11) V. anche le riforme attuate negli Stati Uniti per la remissione di debito e il contratto modificativo in HAYS, *Consideration, a legislative program, Columbia Law Review,* 1941, vol. 41, p. 857. Cfr. anche, pel *Pinnel's case,* MANCINI, *La consideration ecc.* (cit. al § 37) pp. 1059-1060.

(12) V. sopra § 27 *sub a* nota 2; *Report* del *Law Revision Committee* inglese, cit., n. 22; LAWSON, *The rational strength* cit. p. 44 nota 6 (che dubita della non sanzionalibilità della promessa della banca verso il venditore). Negli Stati Uniti la situazione sembra diversa: cfr. HAYS, *op. cit.,* p. 854.

(13) Per la proposta di riforma della regola che «*consideration must move from the promisee*» (da non confondersi col problema dei contratti a favore di terzi) v. il *Report del Law Revision Committee* inglese, n. 37; nonchè sopra al § 27 nota 2 le tendenze di Lord Denning.

Pel ripudio della regola da parte della giurisprudenza americana, cfr. WILLISTON, *Contracts,* § 114,

prestata fideiussione segue di fatto la concessione di una dilazione da parte del creditore, si ricorre all'espediente di presumere che il fideiussore *richiese* questa dilazione (14).

Basta scorrere questo elenco per rendersi conto come si tratti di promesse o patti assai importanti e comuni nel mondo degli affari o, in genere, delle promesse interessate, o, come si suol anche dire, di *business promises* (v. *supra* § 31, nota in appendice). Orbene, la *common law,* col suo retaggio di diritto medievale dei contratti fondato su un mondo non d'affari, si è trovata e si trova in gravi difficoltà nel sanzionare questi negozi. Essa, cioè i suoi giudici, hanno cercato talvolta di cavarsela con espedienti, finzioni, acrobazie; talaltra hanno dovuto rinunciare all'ardua impresa, o hanno cercato di ringiovanire vecchie ispirazioni sulla *reliance,* pur essa, talvolta, costituente una finzione (v. sopra § 27) (15). Talaltra, ancora, s'è fatto recentemente ricorso a riforme o proposte di riforma (v. § 31, nota in appendice).

L'*equity,* come affare di coscienza, è intervenuta a proteggere il più delle volte il debitore, piuttosto che a proteggere l'affidamento del promissario, base della *business promise,* come si sarebbe dovuto fare per venire incontro a quelle esigenze del mondo degli affari.

Naturalmente gli uomini d'affari sogliono rispettare le summenzionate promesse come *gentlemen's agreements* e sono riluttanti a invocare le *technicalities of the law* per sottrarsi ai loro impegni (16); è una morale utilitaria che crea un costume accanto alla *law.* Ma ciò non toglie che la *law* sia difettosa nel suo aspetto funzionale.

E naturalmente, ancora, per rendere valide quelle promesse o

---

(14) PAGE, *Consideration genuine and synthetic* (cit. al § 26 nota 1) pagine 506-507. Ciò specialmente riguardo alla cambiale. Ma le cennate regole sulla *consideration* nella fideiussione valgono, nonostante qualche dubbio, anche nel caso in cui una cambiale è rilasciata o sottoscritta a garanzia di un debito altrui, se non vi può essere l'*implication* di cui nel testo. Cfr. WILLISTON, *Contracts,* § 1146 nota 7 e segg. e § 108 nota 11 segg.

(15) V. anche il *Report* del *Law Revision Committee inglese* cit.

(16) Cfr. *Report del Law Revision Committee inglese* citato n. 22. Ciò mi faceva presente anche l'eminente comparatista prof. Gutteridge in una cortese lettera in risposta all'invio di alcuni miei lavori sul tema in esame.

patti si può ricorrere alla forma dell'*act under seal o alla consideration,* più o meno *nominal* o fittizia. Ma è chiaro che i commercianti o gli uomini d'affari, i quali contano e *devono* spesso contare sulla parola data e che per esigenze di *souplesse* e rapidità di negozi e per la loro stessa mentalità sono lontani dalle forme e dalle *technicalities,* di cui spesso sono addirittura ignari, non sogliono o non possono ricorrere a quegli espedienti formali o quasi formali.

Le forme, le *technicalities,* l'andare *lento pede* sono propri e sono anzi consigliabili nei rapporti, noi diremmo, di stretto diritto civile, o di « *non business promise* », retaggio, fors'anche prezioso, di una civiltà fondata sull'economia della terra e sui rapporti di personalità a interessi non economici. Fra questi dominano le donazioni e i contratti innominati in cui lo spirito di liberalità si mescola (o anche si perde!) nel complesso di altri interessi non economici (v. sopra § 9 a 13).

Ebbene, la *common law* ci presenta ancor oggi una situazione rovesciata: tenuto conto della diversa mentalità e del diverso costume di chi fa una donazione, o un contratto innominato del genere, e di chi fa un affare, è più facile nella *common law* impegnarsi giuridicamente in una donazione o in uno di quei contratti, che in una delle *business-promises* summenzionate e di tanto largo uso. Il *deed* è un atto strettamente personale che non richiede l'intervento e le garanzie o le remore della cerimonia notarile (v. sopra § 34 *sub a*). La donazione mediante *trust* è l'atto meno formale che si possa immaginare (cfr. il mio articolo citato al § 38 *sub c*). La *nominal consideration* è uno scherzo, come formalità protettiva e di remora. E tutte le nostre donazioni *cum onere* o *avec charges* sono valide senza bisogno di alcuna forma, benchè spesso il lieve interesse, anche non economico, rappresentato dall'onere non giustifichi tale libertà o facilità di conclusione del contratto.

Quei conservatori, che sono i giudici e gli uomini dei paesi di *common law,* i baroni divenuti mercanti e i « democratici » mercanti di New York non hanno osato rovesciare un sistema contrattuale, retaggio di un'economia e di un mondo sorpassati, tanto poco adatto

alle esigenze dei loro grandiosi *business*. O, se l'hanno fatto, l'hanno fatto con somma prudenza e con grande rispetto, cercando di non ripudiare apertamente il retaggio di *Our Lady the Common Law* (17).

Stando così le cose, il ritenere che il sistema contrattuale di *common law* è una manifestazione dell'orientamento utilitario della mentalità anglosassone, e che utilitaria è la sua concezione del contratto come affare o « *bargain* » (18), è ragionamento non privo di una certa logica deduttiva (*id est*: gli anglosassoni sono utilitaristi, *ergo* tale è anche il loro diritto!). Ma, come tutte le deduzioni, sembra un pochino affrettato. Gli anglosassoni sono sì determinati da concezioni utilitarie in molti campi, ma non in quello del diritto. E, comunque, la nozione del *bargain,* come schema contrattuale, non ha certamente nulla a che fare con l'utilitarismo. Basta richiamarsi alla sua storia e ai suoi sviluppi (v. sopra § 26) per vedere come si tratti semplicemente di un principio del diritto medievale, diffuso sul continente, accolto nell'isola, e ivi adattato alle *forms of actions* e rafforzato dall'idea che si risponde per aver *causato* un pregiudizio con la promessa *richiedendo* un sacrificio al promissario (*una* delle idee, del resto, base dello sviluppo dei vari sistemi contrattuali e che non

(17) Le riforme attuate o proposte sono squisitamente di carattere tecnico (cfr. anche il § 31 e ivi in fine la breve nota circa la concezione della funzione economico-sociale del contratto nella *common law*). Ciò mi facevano presente anche alcuni eminenti colleghi durante una mia visita a Cambridge.

(18) Così Betti, *Teoria generale del neg. giuridico,* cit., 2° ediz., p. 170 nota 1. Sembra anche che il Betti (pp. 170-171) si preoccupi del fatto che il principio della *consideration* è insufficiente a spiegare il riconoscimento giuridico dei negozi a titolo gratuito e di quelli *mortis causa*. Ma ovviamente la *doctrine* della *consideration* concerne il contratto e non ha nulla a che vedere con la concezione del negozio giuridico in generale, generalizzazione sotto molti aspetti di assai dubbio valore, poichè le esigenze per il riconoscimento giuridico del contratto sono diverse da quelle degli altri negozi giuridici, e in ispecie del testamento (v. sopra § 6 e § 19 note 8 bis e 14).

Fra l'altro, il Betti non tiene presente: la portata della forma nella *common law;* l'impronta dell'*action of assumpsit* e tutta la storia del *contract* inglese; la facilità di donare nella *common law* mediante *deed* o *trust;* l'opera dell'*equity* (v. ad esempio sopra § 32 *sub b,* 33, e § 34) che è pure opera della mentalità o, meglio, della storia anglosassone.

ha nulla a che vedere con gli affari e con l'utilitarismo; chè, anzi, come abbiamo visto al § 26 *sub a,* il *contract* inglese rappresenta uno sforzo, mal riuscito, delle Corti centrali di Londra per adattare le vecchie *forms of actions* alle esigenze del nuovo mondo degli affari). Si tratta semplicemente del retaggio del diritto medievale, con tutti i suoi tratti caratteristici, ivi compreso il formalismo e l'ispirazione propria di un'economia terriera: il tutto rafforzato, se mai, dalle correnti politico-sociali e puritane del secolo XVII, e dallo spirito conservatore o « signorile » di rispetto per il « diritto » come esperienza della storia inglese.

Del resto, per uno spirito astratto, analoghe curiosità o assurdità può presentare il nostro sistema continentale che esige la forma notarile per « donare » una casetta o 100.000 lire, e non per prestare, o promettere di prestare 100 milioni senza interesse (v. sopra § 8). E qui, invece, il ferro vecchio della *gratuitous promise* di *common law,* che non distingue fra obbligazioni di dare e di fare, può, ripulito e rimesso a nuovo, servire in un nuovo mondo del lavoro in cui prestare lavoro vale più che il nostro « dare » o « donare » in senso tecnico (v. sopra § 7 e § 28 *sub b*). Nè ad altre meno interessanti curiosità o amenità ha dato luogo la tendenza razionalistica o teorizzatrice dei *savants* della *civil law* (v. sopra § 24), tendenza che pur costituisce un fatto storico insopprimibile, di cui si deve tener conto nell'interpretazione dei nostri sistemi continentali.

Perciò vorremmo chiudere queste note richiamando il detto con cui il Holmes, giurista e storiografo del diritto (oltre che presidente della Suprema Corte Federale degli S.U.), iniziava la sua celebre opera « *The Common law* » (v. sopra § 26, nota 1): « *The life of the law has not been logic: it has been experience* ». E noi vorremmo chiosare « *it has been the logic of experience* », nel senso che lo studio, come l'interpretazione e spesso la stessa opera di formazione, del diritto è una logica dell'esperienza.

APPENDICI

APPENDICE I[a]

§ 36

Sistemi moderni di civil law non codificata

a) *Premessa*: *Il Diritto scozzese.*

Le brevi note che seguono toccano un campo di sommo interesse per lo studioso del diritto, in quanto concernono degli ordinamenti giuridici di *civil law* fondati sul c.d. diritto comune, specie quanto ai principii generali in tema di contratti e di diritto privato in genere; e ancora perchè, specialmente quanto al diritto scozzese, si tratta di ordinamenti che hanno avuto e hanno contatti con la *common law* non codificata. Di qui il grande interesse: si noti, ad esempio, che un requisito di forma, quello di cui *infra sub b* et *c,* è stato imposto nella maggior parte dei casi dal diritto comune non codificato (e rappresentato dai *cases*).

Non è possibile, in questo nostro corso, offrire al lettore più che delle brevi note, che crediamo tuttavia sufficienti a mostrare l'interesse di uno studio approfondito e ad invitare qualche lettore a farlo (1).

Il diritto scozzese è costituito, oltre che da leggi scritte, dal diritto comune o *common law of Scotland,* specialmente importante in tema di contratti e di obbligazioni in genere. Questo diritto comune è derivato, in notevole misura, dalla *civil law,* cioè appartiene alla famiglia dei nostri diritti comuni; ed ha risentito, benchè in minor misura, forti influenze del diritto canonico.

La *civil law,* come diritto romano comune, non fu oggetto in Iscozia di una vera e propria recezione; tuttavia questa *civil law,* nella versione

---

(1) Cfr. i trattati classici del Gloag, nutriti di citazioni di *cases* e dell'autorità dei giuristi: GLOAG (col concorso di altri giuristi) *Introduction to the law of Scotland,* Edimburgh, 5[a] ediz. 1952; e *The law of contract,* Edimburgh, 2[a] ediz. 1929. Nonchè: NORMAND, *Consideration in the law of Scotland, Law Quarterly Review,* 1939, p. 358 segg.; e LAWSON, *The rational strength of English law* cit. al § precedente.

e negli adattamenti dei commentatori olandesi e francesi dei secoli XVI e XVII, è la base del diritto dei contratti e della proprietà, a parte la materia del trasferimento e della costituzione dei diritti feudali (*feudal conveyancing*).

Ma nell'ultimo secolo, il diritto inglese è stato il più importante fattore esterno nello sviluppo del diritto scozzese.

Le autorità riconosciute sono i giuristi (*legal writers*), aventi certe qualità o a certe condizioni, e la giurisprudenza. Rispetto a quest'ultima, benchè non riconosciuta come fonte formale ,il principio dell'autorità del precedente giudiziale tende a stabilirsi, almeno in pratica, secondo certe linee. Le decisioni della *House of Lords* (s'intende, del Regno Unito) in casi inglesi che non concernano le peculiarità del diritto inglese, ma i principi generali del diritto (*general jurisprudence*), godono di una grande reputazione (2).

Nel campo dei contratti l'influenza della *common law* si è fatta sentire, secondo qualche autore, rispetto alla *undue influence* e alla *misrepresentation* (3).

Ma direi che le influenze o gli scambi reciproci hanno una portata più vasta e così si sentono:

— in tema di mancanza di una distinzione fra obbligazioni di dare e di fare o prestare rispetto al problema dei requisiti di forma (v. *infra sub* b);

— nello stesso concetto di *gratuitous promise* (v. *infra sub b*) (3 bis).

— in tema di sanzioni e di clausola penale (v. *infra sub c*).

— e in quello delle regole sull'impossibilità originaria e successiva della prestazione, ispirate al criterio dell'intento delle parti e delle *implied conditions* o presupposti, più che al nostro criterio oggettivo (3 ter).

---

(2) Cfr. su tutto ciò, GLOAG, *Introduction,* cit., pp. 9-11.

(3) Cfr. LAWSON, *op. cit.,* pp. 59 e 60-62. In tema di errore cfr. Gow, *Mistake and error, The International and Comparative Law Quarterly,* ottobre 1952, p. 472 segg., a proposito di un articolo del Lawson sui rapporti fra diritto scozzese e *common law. Sulla misrepresentation* e l'*undue influence* v. GLOAG, *Contract,* cit. p. 457 segg., 485-487 e 526 segg.

(3 bis) Cfr. LAWSON, *The rational strength of the English law,* cit., pp. 48-49, ove l'autore sostiene che la *doctrine of consideration* ha influenzato il diritto scozzese nella sua distinzione della *gratuitous promise* ai fini del requisito formale dello scritto.

(3 ter) Cfr. GLOAG, *Contract,* cit., p. 337 segg. e *Introduction,* cit., p. 100 segg.

b) *Il nudo patto nel diritto scozzese. La forma. Le gratuitous promises.*

Il diritto scozzese non ha adottato la *doctrine* della *consideration*. Ma vi si trova l'affermazione, analoga a quella del nostro diritto nei suoi ultimi sviluppi (v. sopra § 4, 5 e 6), che vincolante è ogni promessa fatta *serio et deliberato animo*, con l'intento di vincolarsi giuridicamente (*to bind himself by an enforceable obligation*). La promessa dev'essere accettata (accettazione nel senso della *civil law*: v. § 17), salvo eccezioni abbastanza larghe (v. nota 4).

Gli autori e i *cases* insistono che questo, del valore del nudo patto, è il principio, rispetto al quale le prescrizioni di forma rappresenterebbero delle eccezioni (4).

Tuttavia ci si può domandare fino a qual punto arrivino queste eccezioni e se esse lascino veramente a quel principio il preteso suo valore.

1) Anzitutto v'è una serie di contratti molto importanti, chiamati impropriamente *obligationes literis*, che devono essere fatti, a pena di nullità, mediante un *probative writ* o *probative form* o, alcuni, anche mediante uno scritto *non probative* (5). Il difetto di forma importa un *contract of imperfect obligation* (v. nota 7). Questi contratti sono:

---

(4) Cfr. GLOAG, *Introduction* cit., p. 39 e *Contract* cit., p. 14 e 48 segg. e *cases* ivi. Il valore in linea generale del *nudum pactum* sarebbe stato riconosciuto verso la fine del XVII secolo (come, si pretende, sul continente) seguendo, si dice, il diritto canonico e *the common custom of nations* che avrebbe abbandonato il sistema dei patti (v. per analoghe affermazioni, sopra § 4 e 5). Per una assimilazione fra diritto scozzese e diritto francese, come appartenenti entrambi alla famiglia della *civil law* e per la validità del nudo patto di origine canonistica, cfr. anche MACKENZIE, *Studies in Roman Law, with comparative views of the laws of France, England and Scotland*, Edimburgh and London, 1911, pp. 211 e 233-234. Sembra anche vi sia maggior libertà nel sanzionare la promessa senza bisogno di accettazione o presumendo questa: cfr. GLOAG, *op. cit.*, pp. 1, 4, 25 segg.

(5) *Probative writ* o *probative form* non significa forma *ad probationem* (che sarebbe, se mai, l'*evidentiary form*), ma uno scritto rivestito di certe qualità che offrono garanzie formali (v. nota 7).

La *probative form*, assai più pesante prima del 1874, consiste: o in un olografo sottoscritto; o in un documento non olografo, ma con la clausola «*adopted as holograph*» e sottoscritto; o in un documento sottoscritto davanti a testimoni (GLOAG, *Introduction*, cit., p. 108-109; *Contract*, cit., pp. 164-165). La forma occorre per le dichiarazioni di *entrambe le parti*.

— Contratti aventi ad oggetto la disposizione di diritti reali immobiliari (*heritage*), ivi comprese le garanzie reali e le promesse unilaterali di tali contratti.

— Locazioni immobiliari per un periodo superiore a un anno (dubbi sulla vendita di frutti pendenti).

— Locazione di opere per un periodo superiore ad un anno.

— Cessione di diritti incorporali (dubbio).

— Assicurazione.

— Fideiussione (anche rispetto alla cambiale), per cui si vuol che lo scopo di garanzia risulti espressamente in una *probative form*.

— Mandato, in certi casi.

— Vendita e ipoteca di navi (6).

Per il mutuo, v. *infra*.

Come si vede, in materia di locazioni immobiliari, di locazioni di opere e di fideiussione e di mutuo, il diritto scozzese è più formalista di quello continentale (v. tuttavia il codice germanico per la fideiussione).

Benchè non si tratti di un contratto formale o di una *obligatio literis* in senso proprio, ma di una forma collegata al tipo o *natura* (6 bis) del contratto, il risultato pratico è una limitazione al principio del nudo consenso.

Rispetto a questi contratti, tuttavia, quando essi non siano conclusi nella forma prescritta, il diritto scozzese ha adottato una particolare dottrina della *reliance* (7), oltre che la possibilità di convalida di uno scritto

(6) Cfr. su tutto ciò, GLOAG, *Contract*, cit., p. 159 segg.

(6 bis) Cfr. GLOAG, *Contract*, cit., p. 48. V. anche sopra i nostri § 18 e 34 *sub a*.

(7) Il contratto non fornito dei requisiti formali richiesti è considerato come un *contract of imperfect obligation*, sicchè ciascuna delle parti può rifiutarsi di eseguirlo (*locus poenitentiae*); ma se l'esegue, l'esecuzione è valida.

La *reliance* o *rei interventus*, che esclude il *locus poenitentiae* consiste nel fatto che una parte, affidandosi al contratto in forma imperfetta, ha modificato la sua posizione o ha fatto delle spese, e ciò o a conoscenza dell'altra parte o in circostanze in cui la modifica o la spesa rappresentava il normale o probabile risultato del contratto. Esempi di tali modifiche o spese: costruire sul terreno venduto, abbandonare altre proposte o possibilità di contratto, fare anticipi al debitore in caso di fideiussione, prestare l'opera nel contratto di locazione di opere. Se il contratto non risulta nemmeno da una forma scritta (imperfetta), ma è verbale, il *rei interventus* potrà essere efficace soltanto se appoggiato ad una prova scritta o alla confessione giurata.

Per effetto del *rei interventus*, ciascuna parte può chiedere l'esecuzione in

formalmente imperfetto (8).

2) In secondo luogo, *tutte* le *gratuitous promises* devono essere fatte per iscritto ai fini, si dice, della prova. La donazione (obbligatoria) vi è compresa, ma con qualche incertezza (9).

Il requisito dello scritto, benchè non sia così severo come quello della *probative form,* non può tuttavia assimilarsi al nostro principio di prova scritta (10).

Inoltre, i modi di prova ammessi sono talmente ristretti che quella forma, agli occhi di un giurista continentale, sembra assai di più che una mera forma scritta *ad probationem.*

Invero, in mancanza dello scritto, non è ammessa altra prova che quella per giuramento della parte che ha fatto la promessa. Sicchè se questa parte è deceduta prima del processo o prima di rendere il giuramento, e non v'è lo scritto, non si può agire contro gli eredi. Ed è questo,

---

forma specifica e, se del caso, la formazione di un documento valido ad opera del Tribunale. Su questa interessante *doctrine* del *rei interventus.* Cfr. GLOAG, *Introduction* cit. pp. 63-64 e *Contract* cit., pp. 162 e 172-174, 179, 184. Per questi contratti, dunque, il diritto scozzese ha adottato quella soluzione di giustizia proposta per le nostre donazioni sopra al § 27 *sub a ad* note 4 segg.

(8) Su questa convalida di un contratto risultante da un documento formalmente imperfetto, mediante riconoscimento con un *probative writ* o con l'esecuzione (pagamento d'interessi, ecc.), cfr. GLOAG, *Contract,* p. 171.

(9) Cfr. GLOAG, *Contract,* p. .49 nota 5 e p. 51. *Cases*: *promessa* (accettata) ad una *charitable society* di 1000 sterline da pagarsi in dieci annualità. Ma dubbio un altro caso, analogo al caso Maire de Caen (v. vol. II). La cambiale a titolo gratuito è considerata come « prova scritta » dell'obbligazione. V. altri *cases* in GLOAG, *op. e loc. citt.*

(10) A questo requisito, come diremo, sono soggetti anche i contratti « innominati », il contratto di mutuo (reale), i *trusts* e alcuni altri (v. GLOAG, *Contract,* p. 191 segg.).

Quanto ai requisiti di forma, basta che il documento sia sottoscritto dal convenuto (a differenza della *probative form,* v. sopra nota 5).

Pel mutuo, è sufficiente anche una ricevuta, da parte del mutuatario, benchè non esprima che si è ricevuto a titolo di mutuo.

Una lettera diretta ad un terzo non basta, come anche una lettera privata fra parenti. Sul valore della dichiarazione scritta del rappresentante v'è dubbio.

L'inserzione formale nei libri del convenuto « *probabilmente* » può soddisfare il requisito scritto.

Cfr. su tutto ciò, GLOAG, *Contract,* cit., p. 49 nota 5, pp. 50-51 e p. 194.

in pratica, il caso più frequente di promesse del genere che danno luogo ad una lite (11).

La dottrina della *reliance* non è ammessa in tutti i casi in cui è richiesto il cosidetto scritto *ad probationem* (v. anche sub 3°) (12).

Il requisito che l'intento di contrarre un vincolo giuridico deve risultare in modo chiaro (*in clear words*: Gloag, *Contract,* p. 48), viene ancora a ridurre i casi di uno scritto sufficiente a soddisfare il requisito della legge (13).

Sicchè gli stessi autori di diritto scozzese finiscono per riconoscere che nei risultati pratici il requisito della cosidetta forma *ad probationem* non è molto dissimile da quello della *probative form* (14).

Ma v'è di più. Il criterio per sottoporre il negozio al requisito di quello scritto o della confessione giurata non è quello del valore della promessa o del contenuto specifico del negozio; ma quello generale della *gratuitous promise* (e dell'*unusual contract,* v. *infra sub c*). E la *gratuitous promise* è quella che manca di un « *return* », di una « *contropartita* »

---

(11) Cfr. GLOAG, *Introduction,* cit., p. 40 e *Contract* cit., p. 51 e *cases* ivi.

(12) Cfr. GLOAG, *Contract,* cit., p. 51 e 192. La dottrina della *reliance* richiede che vi sia almeno uno scritto c.d. « *ad probationem* » o il giuramento: v. sopra nota 7.

(13) V. sopra nota 10 per le lettere di carattere privato o familiare. Certo è questione d'interpretazione (LAWSON, *op. cit.,* p. 47). Ma le regole di interpretazione si avvicinano assai più a quelle di una forma scritta, base d'azione, che a quelle di un mero documento probatorio o di un c.d. scritto *ad probationem.*

Certo, si ammette una ricognizione scritta o la confessione giurata in giudizio. E allora la data del negozio sembra essere quella in cui venne fatto, anche verbalmente; ma il punto non è discusso e può essere dubbio, specialmente rispetto alle donazioni. Sembra talvolta che la ricognizione scritta venga considerata per la volontà dispositiva che vi è contenuta.

Nè si dimentichi che, in fondo, dipende dal giudice e cioè dalla giurisprudenza di stabilire quale dichiarazione scritta soddisti il requisito di prova di una volontà seria e deliberata di contrarre un vincolo giuridico. Il che, accrescendo le incertezze sul valore di un nudo patto, viene a limitarne ancor più la portata pratica.

(14) GLOAG, *Contract,* cit., p. 161. Lo stesso LAWSON, *op. cit.,* p. 46-49, che sembra considerare tale scritto come *evidentiary,* finisce per assimilarlo al requisito dello scritto proposto nel *Report* del *Law Revision Committee* inglese, che non sembra una mera prova (v. sopra § 31). Del resto, il concetto inglese dello scritto come *evidence* è piuttosto diverso dal nostro: v. sopra § 34 *sub b* a proposito dello *Statute of Frauds.*

(*counterpart*), di un *quid pro quo* dato o promesso in cambio, anche se la *sufficiency* di questo *quid pro quo* non va stabilita secondo le regole tecniche della *consideration* di *common law* (v. sopra § 30) (15). Si tratta, insomma, della mancanza di quel requisito che nel diritto comune veniva definito « *causa data* » (ivi compresa, ad un certo momento, la contropromessa: sopra § 4 nota 10 e § 26 *sub c*), e che, costituendo un *vestimentum*, toglieva al patto il carattere di *pactum nudum*. Talchè nella stessa terminologia del diritto scozzese *pactum nudum* significa *gratuitous promise* in quel senso (16).

E se così è, sembra che il requisito di quello scritto sia stato posto, nello sviluppo del diritto comune scozzese, come un surrogato della suddetta « *causa* », *quid pro quo*, o *vestimentum*. Un eminente autore, se ben lo intendo, ha così buon gioco nel sostenere che lo scritto è un surrogato della *consideration*, nella funzione *evidentiary* dell'intento serio e deliberato di contrarre un vincolo giuridico (v. sopra § 31). E nel concluderne che la *doctrine* inglese della *consideration* (a parte le cennate regole tecniche), cacciata dalla porta, rientra dalla finestra, nel senso che quella *doctrine* ha fortemente influenzato il diritto scozzese nel tracciare la linea di distinzione delle promesse soggette al requisito formale in esame (17).

Non sembra azzardato ritenere che il requisito dello scritto per i *pacta nuda*, come *gratuitous promises*, è un *quid medium* fra la nostra forma *ad probationem* e la forma imposta come requisito di *enforceability* della promessa: un requisito formale di certezza (sull'intento di obbligarsi), cui il diritto rinuncia soltanto in presenza di una confessione giurata.

In conformità a quanto si è detto circa il concetto della *gratuitous*

---

(15) Cfr. GLOAG, *Contract*, cit.., p. 48 nota 1.

(16) Cfr. GLOAG, *Contract*, cit., p. 49 nota 1. Il riferimento alla dottrina dei *pacta nuda* e *vestita* risulta anche dal fatto che la promessa non è considerata come « *pactum nudum* » quando, benchè senza corrispettivo, costituisca un *pactum adiectum in continenti*: cfr. GLOAG, *Contract*, cit., p. 52; mentre la garanzia di solvibilità posteriore alla cessione di un credito è *pactum nudum*: *op. cit.* p. 51 e *cases* ivi.

(17) LAWSON, *The rational strength of the English law*, cit., pp. 46-49, il quale allude anche all'idea della riflessione cui è invitata una persona prima di mettere il nero sul bianco. Come si ricorderò, una forte corrente nella *common law* inglese tendeva e tende a vedere nella *consideration* un requisito per l'accertamento della volontà di contrarre un vincolo giuridico (v. sopra § 31). Questa era proprio l'idea di uno scozzese: Lord Mansfield! (v. sopra §§ 31 e 32).

promise, come base del requisito, ne risulta che vi sono sottoposte non soltanto le promesse di dare senza alcun corrispettivo (donazioni), ma anche:

— la promessa unilaterale di vendita, l'offerta irrevocabile, l'opzione fatta senza corrispettivo (18);

— le promesse per una *past consideration* (19);

— le remissioni di debito, anche parziali (20);

— il *pactum de non petendo* e la rinuncia ad un'azione;

— la garanzia di solvibilità del debitore ceduto, prestata dopo la cessione e in genere ogni *cautionary obligation gratuita* (21).

Viceversa il matrimonio, per il quale è stata fatta una promessa, è una valida *consideration,* o *return* o *quid pro quo,* cioè la promessa non è considerata a titolo gratuito o come donazione (22). Nè tale, sembra, è l'obbligazione di custodia del depositario, benchè non riceva una ricompensa (v. sopra § 27 *sub b*). Anche da questo punto di vista riaffiorano le influenze della *doctrine of consideration* inglese, poichè nel diritto continentale la promessa *in consideration of marriage* è trattata come donazione e soggetta a requisiti formali.

Infine, e questo è un punto di notevole importanza nel concetto di *gratuitous promise,* ai fini della suddetta forma, non si distingue fra le obbligazioni di dare e quelle di fare o prestare in genere (23). Sono così soggette al requisito dello scritto anche le promesse di comodato, di mutuo, di ricevere in deposito, di trasporto, di prestazioni di servizi in genere, senza *consideration, return* o *quid pro quo,* anche se si tratta di promesse interessate o aventi una *cause juste o plausible* (v. sopra § 14 *sub e* et § 16). Sotto questo profilo, altresì, il diritto scozzese si distingue dal diritto continentale e si avvicina alla *common law* (v. sopra § 7 e § 28 *sub b*).

Se si tiene conto di quell'elenco delle *gratuitous promises* e della assi-

---

(18) Tanto sembra risultare da Gloag, *Introduction,* cit., pp. 39-40 e *Contracts,* cit., pp. 35-50, e *cases* ivi, cit., ove trattavasi di promesse o offerte scritte e si discuteva se lo scritto dovesse essere *properly authenticated* (nella *probative form*).

(19) Che rileva soltanto per le « donazioni » fra marito e moglie nei rapporti coi creditori, atti che quindi si considerano come donazioni quanto al requisito dello scritto: cfr. Gloag, *Contract,* cit. p. 53.

(20) Gloag, *Contract,* cit., p. 50.

(21) Cfr. su tutto ciò, Gloag, *Contract,* cit., pp. 51-52 e *cases* ivi citati.

(22) Gloag, *op. cit.,* p. 54 e *cases* ivi citati.

(23) V. espressamente su questo punto Gloag, *op. cit.,* pp. 51-52.

milazione fra promesse di dare e di fare, prestare, ecc., si vede come il requisito dello scritto, per rendere *enforceable* una promessa senza giuramento, si estende ad un campo molto più vasto di quello per cui la *civil law* richiede una forma, sia a pena di nullità (atto pubblico) che *ad probationem;* la quale ultima, se mai, concerne nella *civil law* tutti i negozi di un certo valore, e non le promesse gratuite.

Si aggiunga che, benchè non si tratti per sè di *gratuitous promises,* il requisito dello scritto è posto anche per il mutuo (contratto reale, per l'obbligazione di restituire), i *trusts,* e alcuni altri negozi (24).

c) *continua*: *gli innominate e gli unusual contracts.*

Senonchè la forma scritta richiesta per le *gratuitous promises* è richiesta, con gli stessi caratteri e gli stessi effetti, anche per gli « *innominate contracts* ». E in ciò, come vedremo, il diritto scozzese risente le influenze della *civil law.*

Per quanto non manchino le discussioni, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono che per « *innominate contracts* » devono intendersi non quelli privi di un nome o non espressamente previsti dal diritto, ma quelli « *unusual and anomalous* », cioè quelli che escono dall'ordinario. Eccone alcuni esempi tratti dai *cases*:

1) promessa di un *law agent* di prestare la sua opera senza corrispettivo, salvo il caso di successo.

2) promessa di un proprietario (*landlord*) al *locatario* (*tenant*) di rimborsarlo di ogni perdita subita nel corso della locazione, a patto che il locatario rimanesse nei locali.

3) promessa di A di lasciare a B tutta la sua proprietà, se B si stabilirà come medico in un dato paese.

4) promessa di fare un dato testamento a favore di una persona, se questa coabiterà col promittente.

5) accordo per cui fra due persone, in relazione ad un *private act,* che lasciava dei beni al sopravvivente, si conviene di dividere tali beni.

6) il contratto per cui un querelante (*pursuer*) viene nominato editore di un giornale a condizioni assai eccezionali.

7) La promessa di pagare tutte le spese di un proposto contratto di feudo, anche se questo non verrà perfezionato.

---

(24) Cfr. GLOAG, *op. cit.*, p. 191 segg.

8) L'accordo di pagare una somma capitale in luogo dei pagamenti settimanali dovuti secondo la legge degli infortuni sul lavoro (25).

Viceversa, nonostante l'eccezione di contratto *innominate* o *unsual,* fu ammessa la prova in genere, fra l'altro, nei seguenti casi:

— Promessa di un albergatore di concedere gratuitamente la stalla per i cavalli di una diligenza, *in consideration* del fatto che la diligenza doveva partire e arrivare al suo albergo (v. nel vol. II il caso Fellman cr. Mathebs, ove però non v'era obbligazione pel proprietario della diligenza).

— Contratto per cui una persona promette di gerire l'azienda del fratello per uno stipendio fisso più una quota degli utili.

— Promessa di 100 sterline da A a B se B transigerà un'azione intentata contro C.

— Accordo di una vedova di rinunciare alle sue pretese ereditarie *in consideration* di un aumento di rendita vitalizia.

— Promessa di un querelante per ingiurie di rinunciare all'azione, se il nome di chi aveva informato il convenuto verrà svelato, ecc. (26).

Come si vede i contratti *innominate* o *unusual,* per cui il requisito dello scritto viene imposto, sono:

— Talvolta (v. casi 3 e 4) dei contratti che nel diritto continentale sono considerati come donazioni con oneri o *charges* non aventi valore patrimoniale o non rappresentanti un sacrificio tale da giustificare, da un punto di vista oggettivo o *usual,* un rapporto di scambio in relazione al *quantum* promesso: teoria della *cause suffisante.* Rilevante è il punto oggettivo o *usual,* non essendo ammessa, come invece secondo la giurisprudenza francese, la ricerca della causa principale o secondaria (v. sopra § 10 *sub b* e *sub c*).

— Talvolta (v. casi 2, 6, 7), si tratta di contratti a titolo oneroso,

---

(25) In questo *case* il Lord President Dunedin espresse l'opinione che la prova è limitata allo scritto o al giuramento per « tutte le obbligazioni di pagare del danaro che non siano incidentali ad uno dei ben noti contratti consensuali ». Ma questa regola venne espressamente disapprovata. E sembra vi siano sufficienti autorità per ritenere che la transazione su una lite può essere provata in ogni modo. Cfr. GLOAG *op. cit.,* p. 196 nota 10.

(26) Cfr. per tutti i casi sunmenzionati, GLOAG, *op. cit.,* pp. 196-197, ad eccezione del caso n. 4 — promessa di testare se il promissario coabiterà col promittente — che viene considerato a p. 51 direttamente come donazione (su questo contratto v. nel vol. II, i casi Carrari-Masiero e altri). E' sottinteso pei casi n. 3 e 4 che nel diritto scozzese i patti successori del genere sono validi.

ma in cui il carattere non usuale o straordinario del contratto sembra renderlo privo di una *cause juste* o *plausible* nel senso di cui sopra al § 23, benchè per la giurisprudenza francese lo scritto non elimini tale difetto, mentre secondo il diritto scozzese uno scritto che mostri in termini chiari l'intento di assumere un vincolo giuridico è sufficiente (a parte l'eventuale impugnativa per *fraud* o lesione, che può dedursi, come per la *common law,* dalla *gross inadequacy of consideration*: v. Gloag, *op. cit.,* p. 52).

— Talvolta, ancora, si tratta di contratti che il diritto continentale riconosce senza bisogno di alcuna limitazione speciale di prova, e che invece il diritto scozzese, secondo la sua mentalità, il suo costume, e la sua tipificazione, considera come *atipici* o *unusual* anche, semplicemente, come molto aleatori (v. casi 1, 5, 8).

Sotto l'aspetto delle *causes suffisante, raisonnable, plausible* e *juste,* il diritto scozzese si stacca dalla *common law* (per la quale basta un *bargain* qualsiasi), e si avvicina al nostro diritto continentale, benchè le reazioni del diritto scozzese al difetto di quelle *causes* siano diverse e si riducano al requisito dello scritto che mostri in modo chiaro l'intento di contrarre un vincolo giuridico.

Per le donazioni anche coi summenzionati oneri, poi, basta questo scritto e non si richiede l'atto notarile (che non esiste nel diritto scozzese) nè la *probative form.*

Sotto quest'ultimo aspetto, il diritto scozzese non può non destare una certa sorpresa o curiosità pel giurista continentale, in quanto una donazione (obbligatoria) di mobili richiede il semplice scritto, neppure la *probative form,* mentre dei contratti, di assai meno grave portata pel promittente, richiedono quest'ultima forma, come: le locazioni immobiliari e le locazioni di opere per un periodo superiore a un anno, la fideiussione, ecc.

Ma forse, prima di arrestarsi a tale impressione di sorpresa o curiosità, converrebbe ascoltare le ragioni che ne offrono i giuristi scozzesi e forse, riflettendoci un po', queste ragioni si troverebbero. Quel che è certo si è che il diritto scozzese (come, per altro verso, la *common law* con il *bargain qualsiasi* e il *trust*: v. sopra § 33 *sub d* e § 35 *sub c*), si mostra molto meno diffidente verso le donazioni che non il diritto continentale, con la sua pesante formalità dell'atto notarile. Probabilmente si tratta di un fenomeno che va spiegato col diverso costume e la diversa tradizione di quei paesi.

Da questo punto di vista della forma, il diritto scozzese:

— da un lato, è più largo del diritto continentale, in quanto non

richiede la forma notarile e neppure la *probative form* per le donazioni (obbligatorie) mobiliari e per certe donazioni *avec charges;*

— dall'altro è più stretto, in quanto richiede lo scritto (con l'alternativa del giuramento del promittente) per molte promesse o atti che, nel diritto continentale, non sono soggetti a *speciali* requisiti di forma o di così detta prova (v. sopra *sub b* in fine).

Se poi si ritiene che il requisito dello scritto dipenda dall'apprezzamento discrezionale del giudice circa il carattere *unusual* del contratto (27), la limitazione circa il valore del nudo patto (questione che ovviamente sorge oggi, nella *civil law* moderna, per ciò che è *unusual* o atipico) si presenta come ancora più grave e tale da creare addirittura l'incertezza nel campo dei contratti *unusual* o atipici.

Per concludere: se il requisito dello scritto è veramente soltanto una *forma ad probationem,* come pretendono i giuristi scozzesi, allora il diritto contrattuale scozzese è il diritto del nudo patto, a parte i casi di *probative form* e quanto diremo *sub d.*

Ma, se non si tratta di una vera e propria forma *ad probationem* (come riteniamo), il diritto scozzese è lungi dall'essere un sistema di patti nudi, più lungi del diritto continentale, perchè a quel requisito sono soggetti tutte le *gratuitous promises,* nel senso della *common law,* e tutti i contratti atipici o *non usual* in un senso molto più lato di quello considerato dal nostro diritto del continente.

Come abbiamo più volte avuto occasione di vedere, il principio del nudo patto implicherebbe che della causa gratuita (in senso proprio) non si debba tener conto ai fini di misurare o moderare la responsabilità con criteri oggettivi, talvolta mascherati anche sotto l'aspetto soggettivo di regole d'interpretazione (v. sopra § 14 bis, 15 ,20 *sub b,* e 27 *sub b* et *sub c*).

Qui il diritto scozzese sembra staccarsi dal diritto continentale, perchè non vi si accenna ad una limitazione della responsabilità del donante e in genere del promittente a titolo gratuito, salvo per qualche caso eccezionale e dubbio di responsabilità del depositario senza ricompensa (28) (v. tuttavia ciò che si dirà *infra sub d* a nota 33). Ciò è dovuto alla concezione che

---

(27) Contro il cennato potere discrezionale del giudice: v. il detto di *Lord Salvesen* nel caso Hallet v. Ryrie, 1907, cit. da GLOAG, *Contract,* p. 196 nota 2. Ma non sembra che, almeno in pratica, questo detto sia applicato.

(28) Cfr. GLOAG, *Introduction,* cit., pp. 222 e 332-333.

Anche il vettore a titolo gratuito deve provare una causa della perdita della cosa che escluda ogni colpa da parte sua (v. anche p. 222 cit.).

il patto, una volta che risulti da uno scritto in termini chiari l'intento serio e deliberato di contrarre un vincolo giuridico, è considerato come una *stipulatio* (v. sopra SAVIGNY, cit. al § 6). Lo scritto suddetto offre la garanzia di un patto con un intento del genere. Sotto questo aspetto il diritto scozzese si avvicina alla *common law*, specialmente quando si tenga conto delle riforme, attuate o proposte, nel senso di rendere *enforceable* ogni promessa risultante da uno scritto del genere (v. sopra § 31).

La regola che nei contratti a titolo gratuito si deve tener conto anche di un errore non rilevante negli altri contratti (29) sembra ispirata al principio che si deve tener conto della volontà del promittente e dei suoi reali presupposti, cioè ad un criterio soggettivo, più che a quello oggettivo della giustizia commutativa.

d) *L'interesse creditorio. La promessa di prestazioni non rappresentanti un interesse patrimoniale del promissario. Il sistema delle sanzioni: La clausola penale.*

Un'altra grave limitazione al principio del valore del nudo consenso sembra risultare dall'insistenza con cui autori e giurisprudenza affermano che l'interesse del creditore, per dar luogo alla sanzionabilità della promessa, deve avere carattere patrimoniale (30).

La *specific performance* è concessa più largamente che nella *common law* inglese e non è considerata come un rimedio eccezionale. Tuttavia essa viene concessa soltanto per un *legitimate interest*, come un interesse patrimoniale o quello d'evitare una possibile responsabilità. Può in qualche caso eccezionale essere negata, a discrezione del giudice, quando il sacrificio che subirebbe il promittente per l'esecuzione specifica della promessa è fuori di ogni proporzione rispetto al vantaggio che ne trarrebbe il promissario, il quale viene lasciato al solo rimedio del risarcimento dei danni, se ne esistono (31).

Con una certa coerenza e severità è applicata anche la regola che non si può domandare l'esecuzione specifica dell'obbligazione, o di una servitù,

---

(29) Cfr. GLOAG, *Introduction*, cit., p. 40 e *Contract* cit. p. 52; nonchè Gow, *Mistake and error*, cit. sopra a nota 3.

(30) Cfr. GLOAG, *Introduction*, cit., p. 41 e *Contract*, cit., p. 8 segg. e *cases* ivi.

(31) Cfr. su tutto ciò GLOAG, *Contract*, cit. pp. 251-252, 255 e 655, 660.

quando l'interesse del creditore è cessato (32). Il che, tuttavia, potrebbe trovare in molti casi anche una spiegazione mediante il presupposto, più o meno normale o sottinteso, nel contrarre il vincolo; mentre l'invocare come esempio il caso delle servitù sembra costituire un argomento erroneo (v. sopra § 20 *sub a*).

Infine, la *specific performance* e la sanzione in genere possono essere negate nei casi estremi, quando l'interesse del creditore è futile o di poco peso ,in base al principio *de minimis non curat praetor,* o per una presunzione di mancanza di serio consenso, o perchè vi si vede un atto *ad aemulationem*. In questi casi di mancanza di un interesse rilevante o di sproporzione fra interesse del creditore e sacrificio del debitore opera anche il concetto di « *oppressive procedure* » (33) (v. su tutto ciò sopra § 20).

Senonchè la sanzione del risarcimento dei danni è ammessa, come nella *common law* inglese, anche quando non vi sia danno (patrimoniale) effettivo, nella forma dei *nominal damages* (v. sopra § 33 *sub b*) (34). Non è ammessa la riparazione dei danni morali.

In materia di clausola penale il diritto scozzese presenta suggestive analogie con la *common law* inglese (di cui si invocano i *cases*), anche quanto all'ispirazione del principio che la *penalty,* come pena privata, non è ammessa. Si dice apertamente che la materia delle sanzioni non fa parte della cosidetta *freedom of contract* e che la legge non permette che le parti stabiliscano delle pene private: V. § 21 *sub b* (35).

Di fronte a ciò, sorge, come rispetto alla *common law,* il dubbio se sia valida una clausola penale diretta non a punire, ma ad ottenere la soddisfazione, mediante surrogato in danaro, di un interesse non patrimoniale o a garantire, accanto alla soddisfazione di interessi patrimoniali, anche la soddisfazione di altri non patrimoniali o non tipicamente economici (v. sopra § 21 *sub a* n. 2 e 4 e § 35 *sub c*).

Per quanto la questione non risulti apertamente discussa, sembra che una clausola del genere sia ammissibile, purchè il suo ammontare sia proporzionato all'interesse leso. Anche la sanzione dei *nominal damages* sembra soccorrere in certi casi (36).

---

(32) Cfr. GLOAG, *Contract,* cit., p. 248 segg.

(33) GLOAG, *Contract,* cit., p 249 e ivi nota 6.

(34) GLOAG, *Contract,* cit., p. 684.

(35) GLOAG, *Contract,* cit., pp. 664, e 673-374.

(36) I contratti concernenti i cosidetti rapporti sociali (v. sopra § 14 *sub b*), come l'accordo per una partita di sport, non sono di per sè non sanzionabili. Tutto dipende dall'intento delle parti di contrarre un vincolo giuridico e dalla

Se questi, come pare, sono i principi del diritto contrattuale scozzese, i risultati non sono molto dissimili da quelli del diritto continentale.

Soltanto i contratti di scambio tipicamente economico sono riconosciuti senza alcuna limitazione (salvo quella della *probative form* in molti casi: v. sopra *sub b*). Ma il contratto di scambio tipicamente economico è già di per sè un *vestimentum* (v. sopra § 13 *sub d* e § 24).

Gli altri contratti o sono soggetti al requisito dello scritto (con l'alternativa del giuramento), o sono sanzionati soltanto entro certi limiti, pei quali si tiene conto del rapporto di proporzione fra sacrificio del debitore e interesse del creditore (*cause juste*: v. sopra § 14 bis e 20 *sub b*). Inoltre per la fideiussione, le locazioni di cose o di opere per più di un anno, e le obbligazioni gratuite di fare o di prestare, il diritto scozzese pone dei requisiti di forma che non esistono, salvo qualche eccezione, nel diritto continentale.

e) *Il transfer.*

In materia di trasferimento della proprietà e della costituzione o trasferimento di diritti in genere, il diritto scozzese non ammette il principio del nudo patto e gli autori e i *cases* lo affermano espressamente (37). Per gli immobili occorrono certe forme. Per i mobili occorre la tradizione, salvo nel caso di vendita (v. *infra* § 38 anche pel diritto inglese e la *common law* in genere).

Così la donazione (*reale*) mobiliare può attuarsi mediante la tradizione, senza bisogno di alcun scritto; e quella immobiliare o concernente altri diritti si attua mediante un *transfer* formale.

Pei mobili, dunque, una mera dichiarazione di trasferirne la proprietà a titolo gratuito, ritenendone il possesso, non vale se *non risulta da atto scritto* (38), poichè tale mera dichiarazione non è trattata diversamente da una promessa di dare (v. sopra *sub b* e *infra* § 38).

---

possibilità di applicare una sanzione patrimoniale. Cfr. GLOAG, *Contract,* cit., p. 9 (specie nota 1) e 10-11, anche per le espulsioni da un club e simili.

(37) Cfr. su ciò e su quanto *infra* si dirà, GLOAG, *Introduction* cit., p. 450 (ove si proclama: *dominia rerum non nudis pactis transferuntur*) e 436, 470.

(38) Cfr. il caso Murray v. Macfarlane's Trs. cit. in GLOAG, *Contract,* p. 49 nota 51; GLOAG, *Introduction,* p. 450 e *Contract* pp. 50-51, ove si pone espressamente la distinzione fra una donazione *completed* con la consegna o con un valido *transfer* (per la quale si ammette anche la prova orale a dimo-

In altri termini: la situazione (a parte la struttura e la natura del requisito formale delle donazioni) non è molto diversa da quella del diritto francese e dello stesso diritto inglese. E cioè: se una dichiarazione di trasferire mobili fa parte di un contratto di scambio, essa non richiede nè lo scritto nè la consegna pel suo perfezionamento (v. *infra* § 38).

E, quanto alla natura di tale contratto di scambio, riterrei che il diritto scozzese si avvicina al nostro, più che alla *comomn law,* nel senso che deve trattarsi di uno scambio tipicamente economico o che non sia *unusual* o fuori proporzione al punto da far sorgere la figura della donazione *cum onere* (v. *infra* § 38). Altrimenti, come per le promesse, si applicano a tali mere dichiarazioni di voler trasferire, le regole di cui sopra *sub b* e *sub c* quanto alla forma scritta.

Da queste brevi e scarse note risulta quanto interessante sarebbe uno studio approfondito del diritto contrattuale scozzese, un ponte fra la *civil law* e la *common law;* interessante anche per il giudizio di « *standard of excellence* » che ne ha dato un maestro di diritto comparato (39).

f) *Brevi cenni sulla Roman Dutch Law: rinvio.*

Altro sistema contrattuale di civil law non codificato, benchè l'Olanda abbia codici dal 1809, è la *Roman-Dutch law* (v. sopra § 25 *sub b*): una continuazione del diritto comune olandese, dopo la recezione (adattata) del diritto romano, secondo l'autorità di Grozio, Vinnio e altri scrittori olandesi dei secoli XVII-XVIII, con sviluppi della giurisprudenza del Sud Africa e di Ceylon (40). Il sistema risente oggi anche di notevoli influenze

---

strare l'*animus donandi*) e la mera *obligation to give,* per la quale occorre lo scritto di cui sopra *sub b.* Anche nel diritto scozzese (v. GLOAG, *opp. e locc. citt.*) sorgono questioni circa la validità di una donazione mediante girata e consegna di una ricevuta di deposito o di una ricevuta presa a nome del donatario (v. il mio articolo *Causa consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos,* cit. *infra* al § 38).

(39) LAWSON, *The rational strength of the English law,* cit., p. 42 segg.

(40) Data l'età avanzata dei testi di quegli scrittori e la difficoltà di una rapida consultazione, la *judge-made law* e anche la *statute law* stanno prendendo il sopravvento nel Sud Africa, seguendosi in ciò la stessa linea del diritto scozzese. Cfr. LEE, *An Introduction to Roman-Dutch law,* 4 ediz., Oxford, 1946, p. 25.

Nella Guyana inglese la *Roman-Dutch law* è ormai in completa deca-

della *common law* inglese, pur conservando, specie nel Sud Africa, una certa individualità (41).

La proclamazione del valore del nudo patto (col solito richiamo al diritto canonico), che troviamo fra quegli scrittori di diritto comune olandese, ma che si ritrova presso tutti gli scrittori di diritto continentale dell'epoca (v. sopra § 4 e 5), si perpetua e si rafforza nella moderna *Roman-Dutch Law* (42). A tale punto, che uno studioso della materia afferma che, sotto l'influenza del diritto canonico, il processo di sviluppo del nudo patto ha raggiunto, nella *Roman Dutch Law,* il suo estremo limite (43).

Certo, quanto alla forma, non sussiste nemmeno il requisito dello scritto cosidetto *ad probationem* del diritto scozzese con le sue larghe applicazioni (v. sopra *sub b, c*), pur sussistendo dei requisiti di scrittura per certi contratti, specie per quelli concernenti beni immobili e per la fideiussione.

Ma quando l'oggetto eccede il valore di 500 sterline, resta il requisito dell'atto notarile per le donazioni mobiliari e quello dell'insinuazione per le donazioni immobiliari (44).

La promessa per una *causa praeterita* (servizi resi o obbligazione naturale) non è soggetta a quei requisiti di forma, soltanto quando il *quantum* promesso (o anche trasferito per gli immobili) non ecceda di oltre 500 sterline il valore di tale « causa » secondo l'apprezzamento oggettivo o comune (45).

Tutto ciò, se non andiamo errati, riproduce la distinzione, tradizionale nella *civil law,* fra le obbligazioni di dare e le altre, con l'inerente dottrina della *cause suffisante* (§§ 7, 8, e 10-13) anche quanto alla distinzione fra

---

denza.. Anche a Ceylon, ove l'autorità più citata è Voet, la resistenza alla *common law* va indebolendosi. Cfr. su ciò LEE, *op. cit.,* pp. 2 a 25.

(41) I campi in cui, pel diritto contrattuale, si è fatta sentire l'influenza della *common law* inglese sono: la *misrepresentation; l'undue influence;* la *penalty* e i danni (pur non ammettendosi, salvo qualche dissenso, i *nominal damages*); l'impossibilità della prestazione sotto l'aspetto soggettivo. Cfr. LEE, *op. cit.,* pp. 231-234; 265 segg. e 280.

(42) V. sopra § 4 nota 20 e il mio articolo *La causa nel pensiero dei giuristi di common law,* in *Riv. dir. comm.,* 1951, I, p. 345 segg. E su ciò: LEE, *op. cit.,* pp. 225-226, 286 e 439-441 e citazioni di autorità e *cases* ivi.

(43) LEE, *op. cit.,* p. 225.

(44) V. sopra § 4 *sub d* specie nota 22 e § 5 *sub c* specie nota 14: LEE, *op. cit.,* pp. 289-290.

(45) V. sopra § 4, nota 22; § 5 nota 22; e § 11; nonchè LEE, *op. e loc. citt.*

contratto di scambio e donazione *cum onere* (§ 10), benchè sotto questo aspetto sembra si tenga conto dell'intenzione delle parti circa la causa principale ed accessoria (v. sopra § 10 *sub c*).

Si noti che il requisito della forma dell'atto notarile viene esteso anche alle donazioni mobiliari perfezionate mediante la consegna, sul riflesso che la funzione di tale forma è quella di proteggere lo stesso donante (v. sopra § 8) (46). E in ciò si seguono i sistemi più restrittivi in materia di donazioni: v. *infra* § 38.

Ma, oltre tutte queste restrizioni concernenti le obbligazioni di dare e il *transfert,* resta ancora in tutte le obbligazioni il concetto, tanto discusso, della *reasonable cause,* che i giuristi moderni tendono a ridurre al mero requisito dell'intento serio e deliberato di contrarre un vincolo giuridico, ma che solleva seri dubbi circa questa sua limitata portata (47).

D'altro lato, la causa gratuita o onerosa è influente come criterio oggettivo per misurare o moderare la responsabilità del promittente, essendosi in questa materia accolti i tradizionali principii della *civil law* (48).

Probabilmente, sotto i vari aspetti sopra menzionati, il nudo patto vale nella *Roman-Dutch law* nello stesso senso in cui vale negli altri paesi di *civil law.*

Ma per vedere fino a qual punto operino la *cause suffisante* in alternativa con la forma notarile (§ 10-13), e la *cause raisonnable* e *juste,* occorrerebbe una indagine approfondita dei *cases.* Ciò che non ci è stato, almeno per ora, possibile di fare, ma che sarebbe interessante fare per vedere fino a qual punto realmente valga il nudo patto, e fino a qual punto

---

(46) LEE, *op. cit.,* p. 290 e citazioni ivi e p. 141 segg. sul *transfert* in genere.

(47) Cfr. sopra § 4 note 19 segg., § 20 *sub b,* § 24, e il mio articolo: *La causa nel pensiero dei giuristi di common law,* cit. sopra nota 42. Il LEE, *op. cit.,* p. 223 e 226 fa osservare che un negozio *of a usual business character* non solleva dubbi sull'intento di contrarre un vincolo giuridico (v. sopra la nostra nota in appendice al § 1); e che talvolta si è sostenuto essere la *reasonable cause* equivalente al *quid pro quo,* per quanto recentemente questa opinione sia stata respinta.

Reasonable cause sembra talvolta esprimere il nostro concetto di *plausible* e forse non è molto lontana dal concetto di *usual contract* di che sopra *sub c.*

(48) V. sopra § 14 *sub e,* 14 bis, 15 e 20 *sub b.* Così il donante non è tenuto alla garanzia per evizione e pei vizi della cosa, e valgono i noti criteri oggettivi di giustizia commutativa (*beneficium competentiae,* revoca per sopravvenienza di figli, ecc.). Cfr. LEE, *op. cit.,* pp. 290-291.

dalla promessa derivi una pura obbligazione contrattuale: v. sopra § 24 e § 35 *sub a*. Si tratterebbe anche di vedere quali sono, su quest'altra zona di confine fra *civil law* e *common law* che è la *Dutch-Roman law*, le influenze recenti della *common law* inglese con la sua tendenza a stabilire una promessa che sia fonte di una pura obbligazione contrattuale (v. sopra § 31 e il presente § 36 *sub b* e *c* pel diritto scozzese).

APPENDICE II[a]

§ 37

Breve nota di rinvio sul nostro contratto nel pensiero dei giuristi di common law e viceversa

Consigliamo allo studente di interessarsi al come i giuristi di *common law* vedono le cose nostre, oltre che al come noi vediamo le cose loro.

E ciò non soltanto per la ragione di indole generale che il giudizio degli altri ci aiuta a conoscere noi stessi, ma anche, per la ragione che in quel giudizio si riflettono la mentalità, i concetti dei giuristi di *common law* e i problemi che li occupano. In altri termini, perchè ciò può servire a conoscere chi ci guarda.

Sul primo punto (come gli altri vedono le cose nostre) ci permettiamo di rinviare al nostro articolo: *La causa nel pensiero dei giuristi di common law,* in studi per Arangio Ruiz e in *Riv. dir. comm.,* 1951, I, p. 344 segg., rispetto al quale, tuttavia, il lettore dovrà tener conto di alcuni mutamenti, dovuti a successive riflessioni, quali risultano dal presente nostro lavoro.

Leggendo questo articolo, ci si potrà rendere conto del come gli autori di *common law,* salvo qualche eccezione (1), abbiano visto le cose nostre con una certa deformazione, attraverso gli occhiali della loro mentalità e dei loro problemi. Ma essi furono anche tratti in inganno dalle nostre pro-

(1) Cfr., ad esempio, POLLOCK, citato nel mio lavoro « *La causa nel pensiero dei giuristi di common law,* nota 10; nonchè HOLDSWORTH, citato al § 20 *sub b* nota 14 e nella sua introduzione all'edizione in inglese di BRISSAUD, *A history of private French law,* London, 1912, p. XXXVI, sulla differenza fra la via seguita dalla *common law* e quella della *civil law* pel riconoscimento giuridico del contratto, nonostante l'opinione di Brissaud sulla simiglianza dei risultati pratici.

Nel caso Blanchard v. Haber, 116 La 1014 (è un caso della Louisiana) riferito dal WILLISTON, *Contracts,* § 115 nota 3, la Corte ha ritenuto: « Nella *civil law,* come nella *common law,* non è necessario che la *consideration* ricevuta o da riceversi per l'assunzione di una obbligazione sia un'*equivalent consideration.* La questione dell'*adequacy of consideration* è cosa lasciata all'apprezzamento delle parti... Ma... la *civil law* richiede che la *consideration* sia seria e

clamazioni teoriche sul valore del nudo patto, rafforzate coll'autorità di Savigny e di altri, e dalla dottrina francese circa il concetto o *nomen* di « causa » come scopo erroneo o non realizzato (v. sopra § 6 e 22 *sub d*), e circa la generica e vaga concezione della *cause suffisante* (v. § 9 specie nota 10). Quegli autori furono anche, per particolari ragioni, attratti dal peculiare atteggiamento del diritto scozzese e della *Roman-Dutch law* (v. sopra § 36). Li colpì anche il fatto che certi patti o promesse, non riconosciuti dalla *common law*, erano facilmente riconosciuti nella *civil law* (v. il precedente § 35 *sub c*).

Per queste varie vie gli autori di *common law* sono arrivati in genere a ritenere che nel nostro diritto basti, a creare l'obbligazione, il nudo patto, cioè la volontà seria e deliberata di contrarre un vincolo giuridico, volontà di cui la vaga « causa » sarebbe soltanto un mezzo di accertamento (v. anche sopra § 4 nota 20); e ciò anche in relazione alle loro preoccupazioni per l'accertamento di quella volontà (v. sopra § 31 e 32).

E' molto importante che il lettore tenga conto anche dell'opinione dei giudici di *common law*, e così delle sentenze di Lord Mansfield citate in quel nostro articolo, nonchè dei casi Thomas v. Thomas e Re Ross, e altri del genere riferiti nel vol. II.

In aggiunta agli autori citati in quel nostro articolo richiamiamo anche la bibliografia cit. dal Mancini in *Consideration* ecc. *infra* cit., note 2 e 4, nonchè Gow, *Some observations on frustration, The International and comparative Law Quarterly*, 1954, p. 291 segg. Facciamo inoltre presente un altro passo del Williston, *Contracts*, § 4 (oltre il § 111 colà citato), ove quest'autore, riallacciandosi al discorso sulla forma, ne scrive: « La moderna *civil law* e i moderni codici hanno interamente abbandonato il requisito della forma come un fondamento generale per la validità dei contratti, e la semplice volontà delle parti, dichiarata in qualunque modo, è sufficiente per creare un'obbligazione contrattuale, salvo, tuttavia, alcune eccezioni » (2).

« E' ben vero che una *cause or motive* per il contratto è richiesta nel codice francese (art. 1131-1133) e in molti altri codici basati su di esso; ma, poichè uno spirito di liberalità o « la soddisfazione di un sentimento di generosità » è una *sufficient cause*, il requisito si traduce semplicemente

non del tutto fuori proporzione con l'obbligazione assunta ». Ma si tratta di un caso della Louisiana, paese di *civil law*, con un codice che chiarisce assai bene la portata della *cause suffisante*, chiamata, in quel codice, impropriamente « *consideration* ». V. sopra § 10 nota 6.

(2) Su queste eccezioni circa la forma v. sopra § 18 e 34 *sub a*.

nella inibizione delle convenzioni affette da illiceità, errore o frode; e nel codice civile germanico e in alcuni altri codici quel requisito è del tutto omesso ». E il Williston cita, per il principio del valore del nudo patto, Windscheid, Ennecerus, Nipperdey, Ehrenzweig, Colin e Capitant; e sulla *sufficient cause,* Larombière e Capitant (v. anche altre citazioni di autori di *common law* sulla causa al § 4 di Williston, *Contracts*).

Questo passo di Williston riassume tutto l'atteggiamento degli autori di *common law.* Ma basta richiamare quanto abbiamo detto sopra ai §§ 7 a 13, 14-15, 20 *sub b* e 22 e 24, per vedere che anche questo illustre autore, come altri, è stato tratto in inganno dalle nostre proclamazioni sul valore del nudo consenso e da certe nostre confusioni sulla causa (*mero nomen*) e sulla *cause suffisante.*

Tuttavia, quando si prescinda dal tranello nominalistico del concetto di « causa », e dalle discussioni intorno a questo in cui quegli autori di *common law* si son lasciati travolgere, una certa luce può talvolta venire sulle cose nostre dal loro pensiero (v. ad esempio § 14 *sub e,* nota 28 e § 27 *sub c* a proposito del fondamento della responsabilità nelle promesse di fare o di prestare a titolo gratuito; e in genere la considerazione del problema della « causa » accanto a quello della forma).

Fra quegli « autori di *common law* » non includiamo naturalmente quei giuristi di *civil law,* cresciuti e formati in essa, che si sono di poi trasferiti in paesi di *common law,* specialmente negli U.S.A., e ivi si dedicano in particolare al diritto comparato. Se il loro apprezzamento del sistema contrattuale di *civil law* è più o meno diverso da quello illustrato in questo libro, ciò dipende da ragioni almeno in parte diverse da quelle testè accennate a proposito degli autori di *common law.*

Nè intendiamo includervi quei giuristi di *common law* che, trasferitisi per lungo tempo in paesi di *civil law,* vi hanno ivi professato il diritto comparato o addirittura insegnato la *civil law.*

Sotto quest'ultimo profilo è interessante il Walton, nel suo lavoro « *The Egyptian law of obligations,* London, 1920, Vol. I (in realtà, un trattato di diritto francese delle obbligazioni con le varianti apportate dalla giurisprudenza dei Tribunali Misti egiziani: v. anche l'altro lavoro scritto in collaborazione con Amos, *Introduction to French law*).

Il Walton si rifà alla concezione francese della « causa » come motivo, il quale, secondo l'A., dev'essere *sufficient* e *juridical* (op. cit., p. 49).

Esempi di « difetto di causa » sono (p. 49-54): il perimento della cosa prima della vendita, o anche dopo, se il rischio è del venditore; la promessa di rimunerare un mandatario già pagato; la mancanza di rischio per

una delle parti dell'assicurazione; la cambiale di favore; il contratto c.d. *boule de neige* o apparentemente aleatorio; una promessa per un'obbligazione naturale di valore di molto inferiore al *quantum* promesso; la promessa per un debito insussistente (*false cause*: ivi l'A. cita Pothier!).

Come si vede, anche presso il Walton il nominalismo del concetto di « *cause* » ha avuto i suoi effetti, facendo porre assieme e confondere problemi assai diversi (v. sopra § 22 *sub a-d* et nota esplicativa n. 2 e § 23).

Ma non mancano, in questo autore, delle intuizioni e delle notazioni suggestive.

La causa « *juridical* » (che come *but immédiat* o « *final cause* », deve distinguersi dal mero *impulsive motive*) nei contratti bilaterali consiste *sempre* nella correlativa obbligazione; ma nelle donazioni essa si confonde col *motive* (*op. cit.*, p. 55-56).

Ponendosi la questione donde derivi il famoso passo di Domat che conterrebbe per la prima volta (? v. sopra § 5) la teoria della causa base del cod. Nap., il Walton, dopo un'interessante indagine sul significato ambiguo della parola « causa » nei testi romani (v. sopra il nostro § 22 - nota esplicativa n. 1), arriva alla conclusione che in Francia già nel secolo XVI vigeva il principio del nudo consenso (*contra* v. sopra § 4 e 5), e che Domat trasse la sua concezione della causa dai testi romani a proposito della *condictio sine causa*: concezione, dice il Walton, ripresa da Pothier e che sarebbe quella stessa dell'art. 1131 cod. Nap. (v. sopra il nostro § 22 *sub b*).

Concepito in tal modo il requisito della causa, era facile al Walton, seguendo ben note critiche, rilevare che tale requisito nulla aggiunge al contratto come consenso, e così che il principio è quello del valore del nudo consenso in contrapposto all'esigenza romana di una *causa civilis*, o di un *quid* esterno, oggettivo o anche visibile, che si ritrova pure nella forma e nella *res* del diritto *medievale* (op. cit., p. 57 a 61).

Benchè Domat e Pothier, contro quanto ritiene il Walton, non intendessero la « causa » soltanto nel senso della *condictio sine causa* (v. sopra § 5 e 22 *sub b* e nota esplicativa n. 2), il risultato pratico si fu, come ha visto lo stesso Walton, che i redattori dell'art. 1131 cod. Nap. adottarono quel senso limitato del *nomen* « causa » e così, praticamente, credettero di dar valore al principio del mero consenso. Come, nella realtà, rimanessero in vigore anche dei requisiti oggettivi (v. sopra § 7 a 24), il Walton non rileva, benchè vi accenni, ad esempio, a proposito delle obbligazioni naturali.

Del resto, se gli autori di *common law* hanno visto con una certa deformazione le cose nostre, noi non siamo da meno nell'aver guardato le

cose loro, e spesso in modo assai affrettato, attraverso gli occhiali della nostra mentalità, dei nostri problemi e anche con certi preconcetti o, magari, addirittura tentando (vani) sforzi per inquadrare la *consideration* e il *contract* negli schemi concettuali della nostra scienza. Del che ci si potrà rendere conto leggendo gli articoli o passi citati al § 26 nota I (v. anche § 35 nota 18), nonchè, quanto alla giurisprudenza, la sentenza Berry Ruspoli cr. Berry Chigi nel Vol. II.

Quest'appunto non si può fare al lavoro del MANCINI, *La consideration nel diritto nordamericano dei contratti,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 1953, p. 1039 segg.. Lavoro di larga informazione e perciò più aderente, negli apprezzamenti, allo spirito della *common law* moderna. Il lettore vi troverà una vasta bibliografia, oltre quella da noi citata sopra al § 26 nota 1. Se qualcosa manca in questo lavoro, direi che è il senso dello sviluppo storico dei due sistemi ed una approfondita conoscenza della prassi e della vita reale della *civil law*. In certo senso si può dire che il Mancini conosca meglio il *contract* della *common law* che il nostro sistema contrattuale (3). Fra l'altro l'A. si accoda alle concezioni dogmatiche correnti sulla

---

(3) Si veda, ad esempio, quanto dice il MANCINI, *op. cit.,* p. 1044 (sul *pactum geminatum*), 1046-1047, 1049 e 1068 a proposito della « causa » nel diritto intermedio e della (non ben chiarita!) *cause suffisante* nei contratti a titolo gratuito (ove l'A. cade anche egli nel nominalismo del concetto di « causa »: v. sopra § 22). Su questi temi sembra che l'A. non abbia ben presenti gli autori e la storia della *civil law* che abbiamo richiamato e cercato di illustrare sopra nei §§ 2 a 5, 7 a 11, 14-17 e 19-20.

Quanto alle sue critiche circa la nostra concezione della donazione *cum onere* quale veste (talvolta) di un contratto inteso invece come scambio dalle parti (MANCINI, *op. cit.,* p. 1054 e nota 50), l'A. non tiene conto nè dello sviluppo storico di questo problema nella *civil law* (v. sopra § 2 e § 5), nè della prassi e delle varie correnti moderne in materia (v. sopra § 10 e vol. II). Sicchè gli è facile affermare, riproducendo semplicemente il concetto dogmatico che la nostra legge ha dell'onere, che questo lascia integro il carattere di liberalità della promessa e non rappresenta mai un equivalente di scambio, in quanto l'onere, secondo quel concetto, è un elemento accidentale del negozio. Ma appunto questo dogma legale, o concetto dogmatico, è il mezzo tecnico che (per ragioni storiche e anche pratiche di un certo peso che il Mancini mostra di ignorare) serve a coprire con la veste della donazione quei casi (che non sono *tutti,* come il Mancini sembra farmi dire) in cui l'onere rappresenta in realtà, secondo l'intento delle parti, l'elemento di un contratto di scambio. Casi, questi, che pur sussistono nella realtà della vita, e che sono stati distinti

« causa » (v. § 19), senza sottoporle ad alcuna critica; e da questo (secondo noi, erroneo) punto di vista e con una conoscenza non approfondita dello sviluppo del contratto nella *civil law*, l'A. parte per una comparazione fra *civil law* e *common law*, comparazione che, perciò, non può, a nostro avviso, non lasciare perplessi.

§ 38

Brevi cenni sull'atto di disposizione *inter vivos*: alienazione rinuncia, modificazione di diritti (1). — Ancora sulla forma delle donazioni.

a) *L'atto d'alienazione inter vivos nella civil law.*

Il problema che ci siamo proposti nei §§ precedenti, e cioè se il nudo patto o mero consenso sia sufficiente a produrre la obbligazione, si ripresenta a proposito dell'atto di disposizione *inter vivos* (per il testamento, come è noto, vigono principii diversi, secondo i quali, comunque, l'atto non è valido se non è rivestito di una certa forma).

Ovviamente, per l'atto dispositivo, l'analogia si può presentare rispetto alla promessa di dare (§§ 7-13), piuttosto che rispetto alle altre promesse (§ 14). Si tratta di vedere se e fino a qual punto i requisiti di una promessa di dare concernano anche un atto dispositivo.

Sotto questo profilo nella *civil law* occorre distinguere il *transfert* o atto d'alienazione in senso lato (ivi compresa la costituzione di diritti) dalla rinuncia e dalla modificazione di un diritto.

Le ragioni per imporre una forma nelle promesse di dare, che non

---

dalla giurisprudenza francese, mentre proprio la giurisprudenza italiana, seguendo la tradizione fino a Pothier, li fa rientrare nello schema della donazione, in quanto la controprestazione (onere) non ha valore economico: v. § 10 e i casi nel Vol. II. Ciò, che, del resto, trova un parallelo anche in materia di *causa praeterita* (v. sopra § 11).

L'indagine sulla storia, la giurisprudenza, la prassi e la vita reale del diritto avrebbe chiaramente mostrato tutto ciò anche a quello studioso acuto, attento e diligente che, per altro verso, è il Mancini.

(1) Riassumo qui i miei due articoli su questi temi, pubblicati nella *Riv. di dir. comm.*, 1952, I, pp. 173 segg., 257 segg. e 392 segg. Vi ho tuttavia apportato alcune modifiche e chiarimenti suggeritimi da ulteriori riflessioni.

abbiano una causa sufficiente ad escludere la nostra tradizionale concezione della donazione, si presentano anche per gli atti d'alienazione (2): le quali ragioni, come s'è visto, consistono nell'esigenza di proteggere il « donante » e la sua famiglia contro deliberazioni non ponderate, o che non abbiano una « causa » sufficiente a giustificare un vincolo (§ 8).

Invero, di fronte a semplici dichiarazioni non formali, come « ti dò questa cosa », « essa è tua », e simili, specie se non seguite dalla consegna, sorgono le stesse perplessità e le stesse preoccupazioni che si presentano per una promessa. In simile modo sarebbe molto facile donare, e a simili dichiarazioni gli uomini possono essere corrivi quanto al promettere. Al postutto quelle dichiarazioni potrebbero anche contenere una volontà di promettere, più che di dare o di spogliarsi effettivamente della cosa (vedi *infra sub* 3° per gli art. 242-243 cod. svizzero obblig.; per la *common law infra* nota 32). Perciò nei vari sistemi di *civil law* si trova la tendenza a porre una remora anche agli atti d'alienazione, compiuti senza una causa sufficiente.

Tuttavia, in questo campo, la remora o la garanzia può anche essere offerta da un atto di spoglio effettivo (consegna o altro atto equipollente), oltre che dalla forma delle donazioni. Oppure può essere offerta semplicemente dalle forme speciali del *transfert* (in senso lato), quando un dato sistema giuridico preveda queste forme pel *transfert* in genere, *qualunque ne sia la causa,* in quanto esse significano volontà effettiva di spogliarsi del bene. Anche per questa via, infatti, si pone una garanzia o una remora (benchè meno efficace di quella della forma delle donazioni); e ciò perchè gli uomini sono più facili al promettere che al dare effettivo, e

(2) Intendo qui per atto d'alienazione il modo di trasferire o costituire diritti *inter vivos,* a prescindere da obbligazioni eventualmente connesse con quest'atto. La distinzione, che è chiara nel diritto germanico (v. *infra sub a,* 2°), è un po' oscurata nei sistemi latini dalla cosidetta fusione fra contratto, che crea l'obbligazione, e atto d'alienazione (v. *infra sub a,* I°). Ma, in fondo, i nostri artt. 1138 c. civ. francese, 1376 c. civ. italiano, e simili, in relazione agli artt. 711 c. civ. francese e 922 c. civ. italiano, ecc., considerano il contratto anche come modo d'acquisto della proprietà.

Quanto alla donazione, essa, in relazione ai citati articoli, contiene l'obbligazione di far avere la cosa *così come si trova presso il donante,* l'eventuale garanzia per evizione, espressa o nei limiti di un onere, nonchè l'obbligazione della consegna (se questa non è già di per sè veste dell'atto traslativo: v. *infra sub a* 1°). Pertanto anche nella donazione conviene distinguere il contratto, come fonte di obbligazione, dall'atto di alienazione.

quando sanno che un atto significa spoglio effettivo sentono una naturale ritrosìa a compierlo (3).

Così è che, mentre, per quanto concerne la promessa di dare senza una causa sufficiente ad escludere la donazione, i vari sistemi di *civil law* sono d'accordo nel porre la garanzia o la remora delle forme speciali della donazione; per quanto concerne invece l'atto d'alienazione i modi adottati al fine di porre quella remora sono vari. Ne facciamo qui di seguito un breve cenno:

1) *Sistemi latini.* — Com'è noto, e come meglio diremo, in questi sistemi manca un atto di *transfert* astratto o separato dal contratto che obbliga a dare o che, almeno, stabilisce la « causa » gratuita o onerosa del trasferimento. Perciò non sarebbe possibile, anche volendolo, far ricorso a quella remora o garanzia che consiste nel separato atto di *transfert* come spoglio effettivo (v. sopra).

Il contratto, che obbliga a dare o che fissa la causa del trasferimento, produce questo o è con questo strettamente legato (v. articoli dei codici citati sopra nota 2).

Ma per produrlo occorre o una *cause suffisante* (secondo le varie concezioni: §§ 9-13), o la forma della donazione, o la consegna della cosa *mobile* o altro atto equipollente (4). Per gli immobili e i diritti reali immobiliari,

---

(3) In questo senso e a questi effetti si richiedeva la consegna della cosa (anche immobile) nel diritto comune: v. sopra § 5 *sub c.*

Su questa funzione della consegna cfr. POTHIER, *Traité des donations entre vifs*, n. 65: funzione che si fonda su l'*éloignement qu'on a naturellement pour le dépouillement*. Oggi, se non all'epoca di Pothier, la funzione della consegna per gli immobili è surrogata dalla forma notarile come veste dell'atto d'alienazione o di spoglio effettivo (v. *infra* nel testo).

Su quella funzione cautelare della consegna o del *transfert* effettivo di mobili, cfr. anche GUHL, *Le droit fédéral des obligations*, Zurich, 1947, § 43, pp. 246-247.

(4) Atto equipollente può essere il *transfert* di titoli che « incorporano » un diritto: consegna di titoli al portatore, girata *con consegna* di titoli all'ordine, *transfert* di titoli nominativi con annotazione sul libro dell'emittente (il fornire l'atto autentico per l'annotazione o per il rilascio di un nuovo titolo è considerato come spoglio effettivo: PLANIOL, *op. et loc. infra citt.*, ma sotto l'aspetto della *donation indirecte*). Per i titoli all'ordine, una girata senza consegna, che può essere sufficiente per una vendita, almeno fra le parti, non è sufficiente per una donazione (PLANIOL, *Traité pratique* cit., V, n. 416 in nota, considera la situazione sotto l'aspetto, assai discutibile, di una *donation indirecte*).

Tutto ciò vale anche pei cosidetti titoli rappresentativi delle merci.

Cfr. su questi vari problemi, il mio citato articolo in *Riv. dir. comm.*, 1952,

dato che la cerimonia della *dessaisine* ha ormai perduto il suo valore di atto di spoglio e di trapasso, restano solo, come modi di *transfert*, un contratto con *cause suffisante* o un contratto rivestito dello schema formale-causale della donazione (5).

Quanto alla consegna di cose mobili o altro atto equipollente, come è noto, essa è limitata ai beni di modico valore nei diritti italiano, spagnolo, portoghese e altri (6). Invece in altri sistemi, come il francese, il belga, l'egiziano, non esiste tale limitazione (7).

I, p. 181 e note ivi, e PLANIOL, *op. cit.*, V, n. 385 e giurisprudenza ivi. Nonchè, per la giurisprudenza italiana (nei limiti del modico valore), *infra* nota 6.

Quanto alla semplice cessione di crediti, è dubbio se essa valga come spoglio effettivo. Forse vi equivale, in quanto vi sia la consegna dei documenti probatori del credito e la notifica al debitore fatta dallo stesso cedente. Cfr. in proposito il mio articolo testè citato, p. 181, note 24-26 e autori *pro* e *contra* ivi. Per la discutibile concezione della cessione di crediti a titolo gratuito come *donation indirecte*, cfr. PLANIOL, *op. cit.*, V, n. 416.

Una donazione manuale di diritti su beni incorporali è impossibile: tuttavia è ammesso dalla giurisprudenza francese che la donazione manuale di un quadro o di un manoscritto implichi il diritto di riproduzione o di pubblicazione: cfr. PLANIOL, *op. cit.*, V, n. 386.

Quanto alle donazioni manuali mediante mandato e deposito-mandato, talvolta ritenute valide con espedienti o finzioni dalla giurisprudenza francese: cfr. PLANIOL, *op. cit.*, V, n. 397-398.

(5) Pothier, secondo le *Coutumes*, richiedeva ancora la *dessaisine* effettiva, o almeno una clausola speciale, oltre la forma dell'atto notarile (questione discussa: v. sopra § 5 *sub* c). Ma oggi la forma dell'atto notarile è ritenuta garanzia sufficiente di uno spoglio effettivo, sia per gli immobili che pei mobili (quando già per questi non vi sia la consegna). V. sopra nota 3.

(6) V. art. 783 c. civ. italiano. Nei diritti spagnolo e portoghese è fissato il limite di valore. Per la *Roman-Dutche law* v. sopra § 36 nota 46.

La giurisprudenza italiana, in conformità, non ammette che un *transfert* di titoli di credito (girata in bianco o in pieno con consegna di cambiali, intestazione di certificati del debito pubblico), sia valido come donazione senza la forma dell'atto pubblico, salvo si tratti di donazioni di modico valore. V. sentenze della Cassazione e di varie Corti d'appello in *Rep. Foro it.*, voce donazione, 1929, nn. 19 e 27; 1941, nn. 44, 45, 47 e 54; e 1937, n. 67 (sentenza riferita in *Foro it.*, 1937, I, 347 con nota di richiami).

Per la validità, come dono manuale e nei limiti di questo, del deposito di danaro su un libretto bancario nominativo che il donante fa intestare al donatario: cfr. Cassaz., 27 luglio 1937, *Rep. Foro it.*, 1937, voce donazione, n. 68.

(7) Cfr. PLANIOL, *op. cit.*, V, nn. 378-379 in nota. V. anche l'art. 488 c. civ. egiz.

Non direi che la consegna è qui un atto di *transfert* per sè, separato dall'accordo o contratto, e tanto meno che nei sistemi latini la consegna è in genere un atto di *transfert* astratto che, pel difetto di causa, dia luogo a *condictio* invece che a rivendica (8). Se lo fosse, non si potrebbe distinguere fra causa onerosa e gratuita: la consegna sarebbe necessaria anche per la vendita; nè si potrebbe distinguere fra beni donati di modico valore e altri beni eccedenti questa misura (per questi ultimi, nel diritto italiano e simili, in difetto di atto pubblico, v'è rivendica e non *condictio*) (9).

Direi piuttosto che la consegna è qui, per gli atti d'alienazione sforniti di *cause suffisante* o di forma della donazione, un altro *vestimentum* di garanzia accanto a questi due (10). Data questa funzione della consegna (v. sopra nota 3), si è abbastanza rigidi nell'esigere uno spoglio effettivo: un mero costituto possessorio non sarebbe sufficiente; occorre la consegna manuale o altro atto equipollente (11).

Di fronte al testo dell'art. 931 c. civ. francese, non è facile giustificare la validità dei doni naturali. La si fonda sulla tradizione (v. sopra § 5) e sull'interpretazione data dal Daguesseau all'art. 1 della sua ordinanza del 1731, riprodotto nell'art. 931; interpretazione secondo la quale la consegna della cosa mobile non è un « *acte* » (?). Comunque, giurisprudenza e dottrina francesi sono unanimi: PLANIOL, *op. et loc. citt.*

(8) V. sopra § 22 nota esplicativa n. 3 in fine. La nostra *condictio indebiti*, come azione personale per ripetizione di un pagamento senza causa (art. 1376 segg. c. civ. francese, 2033 segg. cod. civ. italiano e simili), si riferisce probabilmente al caso di pagamento avente ad oggetto una cosa di genere confusa nel patrimonio dell'accipiente o, comunque, a cosa non più esistente in questo patrimonio.

Per la concezione della consegna come atto astratto di *transfert* a proposito delle donazioni manuali, v. PLANIOL, *op. cit.*, V, n. 379. Ma vedi *infra* nota 10.

(9) Ciò confermerebbe la nota opinione dominante che nei sistemi latini manca un atto di *transfert* separato e astratto dal contratto che vi obbliga o ne fissa la « causa » (v. sopra § 22 nota esplic. n. 3 in fine).

La stessa specificazione della cosa di genere, *senza consegna*, produce il trapasso (art. 1378 c. civ. italiano) soltanto se la sua « causa » è una vendita (o simili: *cause suffisante*) o una donazione fatta per atto pubblico. Anzi, neppure la consegna basta nel diritto italiano, se la cosa donata e specificata non è di modico valore.

(10) Questa è, in fondo, la tesi in PLANIOL, *op. cit.*, V, n. 379: *la tradition joue le rôle de la solennité*. Già POTHIER, *Traité des donations* cit., n. 46, considerava la *tradition* (anche per gli immobili) come una *forma* per la validità della donazione quale atto di trapasso (v. anche POTHIER, *op. cit.*, n. 132).

(11) Cfr. PLANIOL, *op. cit.*, V, nn. 381 e 401 bis, ove, sulla scorta della

Vi sono quindi tre *vestimenta* per un atto d'alienazione: la *cause suffisante*, la forma o schema formale-causale della donazione, la consegna pei mobili (con la limitazione ai beni di modico valore pel diritto italiano e simili). Vi sono, cioè, gli stessi *vestimenta* che abbiamo visto occorrere per la promessa di dare, e, in più, la consegna.

Sicchè tutte le questioni che abbiamo visto sussistere a proposito della *cause suffisante* nelle promesse di dare (§§ 9-13) si ripresentano per gli atti di alienazione (v. nota 12). Anzi, in pratica tali questioni si presentano più frequentemente a proposito dell'atto d'alienazione (come « donazione »), che non a proposito di una obbligazione di dare, specie quando l'oggetto sia una cosa immobile o una cosa certa e determinata. In questi casi infatti la cosa di solito è già stata consegnata, quando sorge la lite: sicchè, non residuando in pratica alcuna obbligazione (salvo quella di una garanzia del donante per evizione, espressa o nei limiti dell'onere, della quale di solito non si discute nella lite), la lite stessa ha per oggetto la sola validità dell'atto d'alienazione per sè.

Come vedremo nel volume II, Casistica, la giurisprudenza si riferisce molto spesso a casi del genere (12), pur non mancandone altri in cui si discute di un'obbligazione di dare una somma di danaro (ma per il diritto italiano la questione si presenta anche quando la somma sia stata pagata, se si è ecceduto il limite del modico valore).

Nel diritto germanico, invece, la questione della *cause suffisante* si presenta soltanto rispetto alla promessa, e non anche per l'atto di alienazione (v. *infra sub* 2°).

2°) *Diritto germanico.* In questo sistema, com'è noto, l'atto di alienazione è separato e astratto dal contratto che obbliga a dare o che, almeno, fissa la causa del trasferimento. Il diritto germanico ha posto il requisito della forma dell'atto notarile soltanto per la promessa a titolo di donazio-

---

giurisprudenza, si ammette la donazione manuale con riserva d'usufrutto (che potrebbe essere il caso tipico di costituto possessorio), purchè la cosa sia consegnata e resti nelle mani del donatario.

La consegna della ricevuta di un deposito di titoli al portatore non sarebbe sufficiente (PLANIOL, *op. cit.*, n. 381 e giusiprudenza ivi); v. anche sopra nota 4.

(12) Così nei casi: Ville de Marseille - Impératrice Eugénie (*transfert* completo di un terreno); Ranzato - Regini (cessione di diritto d'autore); Bianciotto - Pignatelli (v. § 11 nota 26); e molti altri ancora, riferiti nel Vol. II, in cui si discute se vi siano una controprestazione o una *causa praeterita* sufficienti per la validità del trapasso senza bisogno della forma dell'atto pubblico, cioè senza far ricorso allo schema causale-formale della donazione. V. anche nota 6.

ne (e per questa si presenta anche nel diritto germanico il problema della *cause suffisante,* v. § 10 in fine, specie quanto alla *causa praeterita*: v. § 11 nota 11).

Quanto all'atto d'alienazione, il diritto germanico si affida alla garanzia che, contro deliberazioni poco ponderate, è offerta dalla differenza fra il promettere e il dare concretato in un atto di *transfert,* o dalla considerazione psicologica che si è più facili a promettere che a dare effettivamente (v. sopra) (13).

Per alcuni diritti o beni il *transfert* è rivestito di forme che possono offrire quella garanzia, come per i diritti reali immobiliari (v. nota 13).

Ma per le cose mobili, la garanzia o remora sembra assai meno efficace, in quanto il *transfert* può compiersi anche con il costituto possessorio: e sia pure che si richieda un costituto possessorio concreto o specifico e non astratto o generico (14).

Pei crediti e pei diritti su beni immateriali (di brevetto, d'autore, ecc.), la garanzia sembra ancor meno efficace, in quanto l'atto di *transfert* è libero da ogni forma (v. nota 13): la garanzia si ridurrebbe al solo accertamento di una volontà di disporre o di spogliarsi del bene, anzichè di promettere la cessione (questione di fatto non sempre facile a risolversi, quando non v'è nemmeno uno scritto) (15).

---

(13) Tanto risulta dall'art. 518 ultimo comma cod. civ. germanico e dai relativi commenti (Planck, Staudinger, Oertmann, Warneyer), secondo i quali la donazione reale (anche come esecuzione di una cosidetta promessa o contratto di donazione nullo per difetto di forma) è valida quando appunto siasi compiuto l'atto di *transfert* nei modi *comuni, stabiliti anche per i transferts non aventi come « causa » una donazione.* Questi modi possono essere: una cessione verbale di crediti o di diritti su beni immateriali (art. 398 e 413 e relativi commenti); un costituto possessorio (art. 930 e relativi commenti); l'*Auflassung* e l'iscrizione nel libro fondiario per l'alienazione di immobili (art. 873 e 925), o l'accordo e l'iscrizione per la costituzione di diritti reali immobiliari (art. 873).

(14) Dato che il costituto possessorio deve essere concreto (usufrutto, deposito, pegno, locazione, v. art. 868; o altri rapporti che giustifichino il possesso mediato: v. autori citati a nota precedente), si sarà magari più severi, pel caso di donazione, nel controllare se veramente vi è stato un costituto possessorio concreto e non una mera ritenzione del possesso per conto del donante (c. d. costituto possessorio astratto).

(15) In pratica, tuttavia, sarà assai raro che si doni uno di quei diritti senza uno scritto, anche ai fini della notifica al debitore o della pubblicità. Ma in astratto la possibilità di un mero *transfert* verbale sussiste.

La promessa di cedere un diritto di credito, d'autore, di brevetto e simili, a titolo di donazione o per una *cause insuffisante,* sarebbe nulla senza la forma dell'atto notarile; mentre valida ne sarebbe la cessione, anche se fatta verbalmente (salva la questione della prova).

Di più: una cambiale a titolo di donazione, in quanto promessa, sarebbe nulla fra le parti, se non rivestita della forma dell'atto pubblico (16); mentre sarebbe valida la donazione di una cosa mobile fatta per costituto possessorio o la cessione verbale di un diritto di credito, d'autore, ecc.

Questi curiosi risultati derivano probabilmente da un certo dottrinarismo o da una certa « logica » di cui è imbevuto il codice germanico: per cui, essendosi posto il carattere separato e astratto dell'atto di alienazione, lo si è mantenuto fra le parti anche quando quest'atto non offre garanzia o cautela formale, senza nemmeno concedere una *condictio* per difetto di forma notarile nel contratto che obbligava a compiere quell'atto e ne fissava la causa, cioè una *condictio* per mancanza di causa (a seguito del difetto di forma) (17). D'altro lato, se l'atto d'alienazione è astratto, la « logica » imporrebbe di non richiedere per esso una forma speciale, quando la « causa » ne è una donazione (ma contro questa logica v. per il diritto svizzero, *infra sub* 3°).

3°) *Diritto svizzero.* In questo sistema, pur facendosi del *transfert* un atto separato dal contratto, (v. artt. 656 segg., 714 segg. c. civ. e 164 segg. cod. obblig.), si richiede per la validità della donazione manuale la consegna effettiva della cosa mobile, e non un semplice costituto possessorio (18). Quanto alle donazioni di immobili, l'iscrizione sul libro fondiario non può aver luogo che in base ad un atto autentico (come, del resto, per qualsiasi

---

(16) V. in appendice al § 22 la nota esplic. n. 3; nonchè i commenti all'art. 518 testè citt. a nota 13.

(17) V. commenti all'art. 518 citt. a nota 13, in cui appunto si dà all'articolo 518 ult. comma il significato di un *transfert* non soggetto a *condictio,* anche se il contratto di donazione come « causa » è nullo per difetto di forma.

(18) Cfr. GUHL, *Droit féd. des obligations,* cit., § 43, pagg. 246-247, a proposito del costituto possessorio previsto negli artt. 717 e 924 c. civ. svizzero. Soltanto eccezionalmente la giurisprudenza svizzera ha ammesso il costituto possessorio a titolo di donazione; per esempio: nel caso di deposito di titoli al portatore presso una banca al nome del donatario o con avviso alla banca di iscrivere il deposito al nome del donatario, o facendo iscrivere su un libretto di risparmio del donatario un credito di danaro (v. ivi citazioni di giurisprudenza *pro* e *contra*). Casi che, per vero, non sembrano rappresentare un vero costituto possessorio (v. nota 6 in fine).

transfert: art. 657 c. civ.: ma gli artt. 242-243 cod. obbligaz. lo ripetono a proposito della cosidetta promessa di donazione).

La cessione di crediti o di altri diritti, come atto di trasferimento, anche oneroso, richiede la forma scritta (art. 165 cod. obblig.): sicchè v'è per la cessione a titolo gratuito almeno la garanzia o remora di un atto di spoglio rivestito di una certa forma, la forma scritta. Del resto, questa è sufficiente anche per la c.d. promessa di donare cose mobili corporali (art. 243 cod. obblig.).

Il codice svizzero delle obbligazioni, artt. 242-243, considera come *promesse* di donare tutti gli atti per cui non vi sia iscrizione sul libro fondiario (quanto agli immobili) o consegna (quanto ai mobili), benchè, in realtà, la volontà possa anche essere stata quella di disporre immediatamente, piuttosto che quella di promettere (v. sopra in principio del presente § e *infra* nota 32 per la *common law*).

Anche nel diritto svizzero il problema della *cause suffisante,* o del concetto di « donazione » e suoi limiti, si presenta, come per la promessa, nell'atto di alienazione, in quanto per iscrivere una c.d. promessa di donazione di immobili occorre l'atto notarile e per fare una donazione di mobili non basta il costituto possessorio.

b) *La rinuncia e il contratto modificativo nella civil law.*

I vari sistemi di *civil law* sembrano concordi nell'ammettere che la rinuncia ad un diritto, purchè di vera rinuncia si tratti (19), non è soggetta alle forme della donazione, anche se la rinuncia stessa viene fatta con intento di liberalità.

La rinuncia può essere soggetta a forme speciali, ma sono, queste, delle forme imposte qualunque ne sia la « causa » o intento delle parti (v. ad esempio art. 1350 c. civ. ital.; art. 249 e 864 cod. ital. navigaz.; art. 928 c. civ. germanico, ecc.).

Questa libertà della rinuncia, con intento di liberalità, dalle forme della donazione viene giustificata in vari modi nei vari sistemi giuridici.

Nel diritto italiano, in quello francese, e in genere nei sistemi latini, si considera rilevante sopratutto la volontà di disfarsi di un diritto o di un

(19) Sono note le questioni in proposito: deve trattarsi di una rinuncia che profitti ad una persona automaticamente, e non in quanto sia fatta a favore di questa data persona (es., rinuncia all'eredità a favore di un dato coerede). V. il citato mio articolo in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 392 nota 2.

bene e del peso della sua gestione (20), nonchè l'affidamento che un simile atto di « abbandono » del diritto suscita nei terzi o nel debitore (21).

Nel diritto germanico e in quello svizzero, poichè la forma della donazione è imposta soltanto per la promessa, e non per l'atto dispositivo, la rinuncia è libera da quella forma, appunto come atto dispositivo, anche se interviene con intento di liberalità ed è come tale « accettata ». (22).

Ciò vale anche nel caso particolare della remissione di debito, che in alcuni sistemi giuridici o da alcuni autori (almeno pel caso di donazione), è considerata sotto l'aspetto di una convenzione (23).

Resta, naturalmente, il problema di accertare la volontà di rinuncia; quando questa non risulti dalle forme speciali imposte dalla legge (es. art 928 cod. civ. germanico); problema che si può presentare anche di fronte ad un semplice scritto. La garanzia di una severa indagine è offerta dal noto principio che le rinuncie non si presumono, oltre che, indirettamente, dai requisiti per la prova (24).

Quanto al contratto modificativo, ivi compreso quello solutorio (25), è stata abbandonata la distinzione romana fra *pacta adjecta in continenti* e *ex*

---

(20) Una certa corrente considera tuttavia come donazione la rinuncia fatta per convenzione con spirito di liberalità: ma anche in questo caso non si richiede in genere la forma della donazione. Cfr. il citato mio articolo, *Riv. dir. comm.*, 1952, I, pp. 392-393, note 2 e 4 e autori ivi. Cfr. per più ampi riferimenti BALBI, *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942, pp. 20 segg.

(21) Onde si è anche parlato di un carattere astratto della rinuncia, carattere che è più chiaro nel diritto svizzero (v. art. 115 e relativi commenti) e in quello germanico. Cfr. in proposito il citato mio articolo, p. 392 nota 3.

(22) Cfr. artt. 397, 517 e 518 cod. civ. germ. e relativi commenti citati a nota 13.

(23) V. art. 397 cod. civ. germanico; art. 115 cod. svizzero obbligaz. e relativi commenti; cfr. anche il mio citato articolo, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 393 nota 4.

(24) Cfr. in proposito il citato mio articolo, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, pp. 394-395 e nota 6 ivi, specie quanto ai casi di restituzione del documento (non incorporante il credito) ecc.

(25) In genere si vede nel contratto modificativo un atto di disposizione del rapporto precedente, più che l'assunzione di obbligazioni (v. artt. 1134 c. civ. francese; 1321 e 1372 cod. civ. italiano; 305 cod. civ. germanico). Anche quando dalla modifica deriva un'obbligazione, l'assunzione di questa sembra sempre essere preceduta da un atto di disposizione, cioè dalla rinuncia al diritto di far valere il precedente rapporto così come stava. Quanto al contratto solutorio, esso consiste in un complesso di reciproche remissioni.

intervallo. Anche questi ultimi sono validi senza bisogno di una forma speciale (26) e già Grozio vi vedeva un caso di *cause raisonnable* (v. § 4 *sub d*).

Anche se la modifica contiene delle concessioni (dilazioni, modifica del luogo di pagamento, della qualità della cosa, anche senza vera e propria novazione oggettiva, ecc.) o delle obbligazioni (aumento di prezzo, ecc.), concessioni o obbligazioni che non abbiano una contropartita, ma siano determinate da altri interessi, tali concessioni o obbligazioni sono valide senza bisogno di forme speciali (salvo quelle di cui a nota 26).

Ma deve trattarsi di una vera e propria modifica. Il che si avrà in genere, quando il contratto non è ancora stato eseguito o il rapporto è in fase di esecuzione, e una delle parti concede qualcosa o si obbliga a qualcosa, almeno per ottenere una più facile e spontanea esecuzione di ciò che è dovuto dall'altra parte (a prescindere, ovviamente, dal caso di transazione) (27).

Se invece non si tratta di vera e propria modifica, ma di una concessione o di una maggior obbligazione aggiunta per spirito di liberalità o per dovere morale, allora può sorgere il problema della *cause suffisante* e della forma delle donazioni. Naturalmente questo problema sorgerà soltanto per una obbligazione di dare (28); chè, quanto alle altre obbligazioni, non è imposta la forma della donazione (v. § 14).

Così quando, essendosi conclusa una vendita a prezzo troppo basso, pur senza gli estremi della lesione, o essendo decorsi i termini per la relativa

---

(26) Salvo che pel contratto modificato fosse richiesta una forma speciale o se trattasi di modificare diritti reali immobiliari o simili, quando gli atti di disposizione di questi richiedano una forma speciale (v. ad esempio art. 1350 cod. civ. italiano, a differenza del diritto francese, ove anche la vendita di immobili può essere verbale).

Naturalmente, nel primo caso, se trattisi di una pura e semplice rinuncia, non occorrerà la forma del contratto (unilaterale) al cui diritto si rinuncia; v. sopra nel testo.

(27) Cioè, per usare i termini della *common law*, se vi è stato un *bargain* fra le parti, sia pure, dall'una parte, al solo scopo di ottenere dall'altra, in modo facile e spontaneo, l'esecuzione di quanto già dovuto, cioè per facilitare questa esecuzione (v. sopra § 30 nota 5 e § 35 *sub c*).

(28) O per un atto di alienazione nei sistemi latini (v. sopra *sub a*, 1°), in quanto, ad esempio, in aggiunta ad un contratto di vendita e per adempiere ad un dovere morale di un maggior corrispettivo, il venditore dichiari di dare una maggior quantità di terreni o altro immobile (senza la forma dell'atto pubblico). Oppure, nel diritto italiano ove sussiste la nullità delle donazioni manuali oltre il modico valore, in quanto il compratore, per lo stesso dovere morale, *paghi* un maggior prezzo.

azione, il compratore si obblighi ad un aumento di prezzo per obbedire ad un dovere morale (v. § 11 ad note 30-32).

Mentre il caso dell'aumento di prezzo per spirito di liberalità reca una donazione chiara e tonda, il caso del dovere morale dà luogo al problema della *cause suffisante*. Tuttavia, a parte i sistemi o le dottrine che non riconoscono in questo caso una obbligazione naturale o che mai riconoscono l'obbligazione naturale come *cause suffisante* di una promessa (v. § 11), sarà in pratica difficile stabilire se l'aumento promesso (o dato, v. nota 28), sia eccessivo rispetto al valore oggettivo di quell'obbligazione naturale. Salvo i casi limite di grave eccesso, molto è lasciato all'apprezzamento soggettivo delle parti.

c) *La common law* (29).

1°) *Atti d'alienazione.* In modo molto riassuntivo e schematico si può dire che oggi per trasferire o costituire un diritto, come *legal right* (in contrapposto all'*equitable right*: v. *infra*) occorre:

— la *forma*: tipico il *deed*, sulla cui funzione in questo campo vedi § 34 *sub a* nota 7; ma anche le forme della cessione per atto scritto e notificato, quanto ai crediti nel diritto inglese (30); oppure le forme del *transfer* pei titoli che « incorporano » il diritto.

— o la *consegna*, limitatamente alle cose mobili corporali (*choses in possession, capable of delivery*) e ai titoli al portatore (31).

— o una *consideration*, cioè un mero accordo accompagnato da *consideration* (*bargain*), per le cose mobili corporali, per i crediti e i diritti su beni immateriali. Ma anche per gli *interests in land* (approssimativamente, i diritti relativi ad un immobile) basterà un simile accordo per pro-

---

(29) Riassumo qui, in modo ancor più succinto, i miei citati articoli in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 257 segg., e 396 segg., ai quali rinvio per una più ampia trattazione.

(30) Mentre nel diritto americano si ammette il *deed* per la cessione di crediti o *assignment* (concepita come conferimento di un potere irrevocabile di esigere), nel diritto inglese dopo il *Judicature Act* del 1873 è necessaria e sufficiente la cessione scritta e notificata, come atto formale che non richiede la *consideration*: questa cessione è un vero *transfer* e non un *power of attorney* irrevocabile. Essa è stata ammessa anche in parecchi Stati dell'Unione americana. V. il citato mio articolo, in *Riv. dir. comm.* 1952, I, p. 268.

(31) La *common law* americana è più larga nell'ammettere casi in cui la consegna di un documento può valere *transfer* senza bisogno di *consideration*. V. il citato mio articolo, p. 268, nota 36.

durre a favore dell'acquirente un *interest* protetto in *equity* limitatamente alle parti e ai terzi che non siano acquirenti in buona fede a titolo oneroso.

Forma, consegna (limitatamente ai suddetti casi), accordo mediante *consideration* (per gli *interest in land* nel senso summenzionato) sono i tre modi di alienazione *inter vivos* ammessi nella *common law* pei *legal rights*.

Un mero accordo senza *consideration* è qualificato come mera promessa o *pactum nudum* (32).

Questo sistema dei modi di alienazione *inter vivos* è un *quid medium* fra i cosidetti sistemi latini e i sistemi dell'atto di *transfert* formale e separato dal contratto (v. sopra *sub a*). Assomiglia a questi ultimi, quanto alla consegna (v. invece sopra *sub a* 1°), al *transfer* di titoli e all'atto formale, che non si può assimilare alla nostra donazione per atto notarile, appunto in quanto quello è un atto formale (v. sopra § 34 *sub a*). Assomiglia apparentemente ai sistemi latini, in quanto, come in questi, si ammette il trasferimento (per gli immobili nel senso limitato suddetto) in base ad un accordo mediante *consideration*.

Ma la *consideration* è diversa dalla *cause suffisante*, così come ne è diversa pei contratti (32 bis). Valgono, cioè, anche per l'accordo d'alienazione mediante *consideration*, le stesse regole che valgono pei *contracts* (v. § 26, 28 e 30, 31). Potrebbe valere anche la specifica *reliance* di che al § 27 *sub a* (33).

(32) Cfr. autori e *cases* nel mio articolo succitato, p. 261 nota 6 e p. 268 nota 30; in particolare quanto al valore di mere dichiarazioni come: « *Ti dò questo quadro* » (*I will give you this picture*); « *queste cose sono per te* » (*these are for you*) e simili, e così per una mera cessione di crediti non formale e *senza consideration*.

Per un'analoga concezione v. sopra *sub a* in principio e *sub a* 3°, quanto al diritto svizzero.

(32 bis) Sicchè, su questo punto dell'accordo di alienazione, data appunto la differenza sostanziale fra *consideration* e *cause suffisante*, la somiglianza coi sistemi latini è soltanto apparente. Gli è che nella *common law* i requisiti della forma (*deed*) o della *consideration* non sono ispirati alla protezione del promittente o alienante e della sua famiglia contro le donazioni, preoccupazioni che non sussistono nella *common law*. D'altro canto, quei requisiti si estendono anche alle semplici obbligazioni di fare, che non concretano donazioni.

(33) Cfr. pel caso di cessione di *crediti*, il § 158 del *Restatement* americano sui *contracts*, ove si ammette anche, come base di una cessione, un precedente debito prescritto (v. sopra § 28 *sub a*).

In genere l'atto d'alienazione ha avuto lo stesso sviluppo storico del *con-*

Senonchè il quadro non è completo. I modi di alienazione suddetti concernono i *legal rights* o *legal interests,* protetti dalla *law* in senso stretto (v. § 25 n. 10).

Per la creazione di un *trust* a favore di una determinata persona, con che si crea a favore di questa un *equitable right* o *equitable ownership* (34), non occorrono nè la forma, nè la consegna, nè la *consideration.* Basta anche una dichiarazione unilaterale e meramente verbale, salvo lo scritto *ad probationem* per gli *interests in land.* Con che la *common law* (in senso lato) mediante l'istituto del *trust,* opera dell'*equity,* è arrivata al riconoscimento della donazione in modo molto più largo che la *civil law* (35).

Anche pel trasferimento di un *equitable interest* non occorrono nè *consideration,* nè consegna, nè *deed,* benchè occorra uno scritto *ad probationem* (negli U.S.A.) o uno scritto *ad substantiam* (nel diritto inglese) (36).

2°) *Remissione di debito e accordo modificativo.* Come si è già avuto occasione di accennare (v. § 30 e 35 *sub c*), la *common law* impone per questi atti gli stessi requisiti imposti pel *contract* o atto d'obbligazione (37).

Occorrerà o il *deed,* oppure la *consideration* nel senso tecnico di che

---

tract: cfr. a proposito della vendita di mobili, come *transfert,* il citato mio articolo, p. 263.

(34) Questa proprietà *in equity* si può creare o mediante una *declaration of trust,* da parte del titolare del diritto, che dichiara essere *trustee* o di tenere ormai il bene nell'interesse di altra persona (*beneficiary*). Oppure mediante un *transfer* (nei modi accennati sopra per i *legal rights*) ad una persona (*trustee*) con la dichiarazione che il bene è trasferito in *trust* a vantaggio di un'altra persona (*beneficiary*). In entrambi i casi per tale dichiarazione non occorre nè forma nè *consideration.*

La *equitable ownership* così creata a favore del *beneficiario* è protetta in *equity* fra le parti e di fronte ai terzi che non siano acquirenti in buona fede a titolo oneroso. Cfr. *amplius* il citato mio art., p. 269 e 272.

(35) Sulle ragioni di questo particolare largo trattamento delle donazioni mediante *trust,* cfr. il citato mio articolo, p. 270-271.

(36) V. su questo punto *amplius* il citato mio articolo, p. 371 note 47-49.

(37) Questo parallelo sviluppo del *contract* e della remissione o modificazione di un contratto si nota anche nelle recenti riforme o proposte di riforma, per sostituire l'atto scritto (senza bisogno di *consideration*) al *deed*: v. sopra § 31. L'*Uniform Written Obligation Act,* adottato in alcuni Stati dell'Unione americana, ritiene sufficiente, per la remissione, uno scritto, purchè vi sia un'espressa dichiarazione che il creditore « *intends to be legally bound* » (Williston, *Contracts,* § 1822); proprio come pel *contract*: v. sopra § 31 note 2 e 3.

ai §§ 28-30, che implica la concezione di un'*acceptance* (remissione convenzionale). Potrà tuttavia soccorrere anche la specifica *reliance* di che al § 27 *sub a,* quando la si ammetta (v. tuttavia per il concordato, sopra § 35 *sub c* e il mio citato articolo in *Riv. dir. comm.,* 1952, I, p. 402, nota 28).

Il semplice interesse ad ottenere una facile e spontanea esecuzione di quanto già dovuto, o di parte di esso, non basta, anche se vi è stato un *bargaining,* cioè se la promessa o la concessione è stata fatta per facilitare o ottenere la spontanea esecuzione (v. sopra § 30 e 35 *sub c*). E ciò a differenza della *civil law*: v. sopra *sub b* (38).

Ciò ha dato luogo a gravi inconvenienti nella pratica degli affari ed a delle *technicalities*: v. sopra § 35 *sub c,* nonchè il citato mio articolo in *Riv. dir. comm.,* 1952, I, p. 401-403.

Per la remissione di debito si considerano come modi formali, oltre il *deed,* la restituzione, la cancellazione, la distruzione del documento incorporante il credito (gli analoghi della consegna per le cose mobili) (39).

Senza la forma, la *consideration,* o questi modi di annullare certi documenti, la remissione e l'accordo modificativo sono considerati nude promesse (*bare promises*) o *pacta nuda* (40).

Per la rinuncia o la modifica di rapporti diversi da quelli d'obbligazione, cfr. un breve cenno di rinvio nel citato mio articolo, in *Riv. dir. comm.,* 1952, I, p. 396.

Si potrebbe così concludere che nella *common law,* a parte il caso dei *trusts* e del *transfer* di *equitable interests,* per l'atto dispositivo in genere (alienazione, rinuncia, modificazione) si pongono gli stessi requisti che pel *contract*: forma, *consideration, reliance* di cui al § 27 *sub a,* oltre la

---

(38) La *common law,* se vuol essere coerente col suo sistema, non potrà mai arrivare a riconoscere una remissione di debito non formale, come quella della *civil law,* e cioè senza nè *consideration,* nè pagamento parziale (come oggetto di un *bargain*), nè *reliance* (§ 27 *sub a*). Le riforme o proposte di riforma arrivano al massimo a sostituire l'atto scritto al *deed,* ad ammettere il pagamento parziale e la *reliance.*

(39) Così quando il credito risulta da *deed.* Il principio è stato esteso anche ai titoli di credito e altri documenti formali; in certi Stati dell'Unione americana perfino alla restituzione del documento prova del credito o anche di una copia, magari con annotazione di quietanza (rasentandosi così le regole degli artt. 1282-1283 cod. civ. francese). Cfr. il citato mio articolo, p. 400, nota 18.

(40) Su questa concezione della remissione come *promise,* v. il citato mio articolo pp. 396-399, nonchè qui sopra nota 32.

consegna di cose mobili o di certi documenti, o la restituzione, cancellazione, distruzione di questi come simboli della remissione.

Quanto al diritto scozzese, v. brevi cenni sopra § 36 *sub e.*

d) *La forma delle donazioni nella civil law. Decadenza dell'atto notarile.*

La funzione della forma dell'atto notarile nelle donazioni è quella indicata sopra al § 8, e non quella di accertare l'intento di vincolarsi giuridicamente (altrimenti, nei diritti italiano e germanico dovrebbe bastare, ad esempio, la forma della cambiale). In tale sua funzione di protezione del promittente o alienante, che sta in alternativa con la *cause suffisante* come *giustificazione* dell'atto, la forma notarile è stata surrogata dalla consegna o dall'attualità di un *transfert* (v. sopra *sub a*). Ma bisogna riconoscere che questi surrogati non esplicano quella funzione così efficacemente come l'atto notarile.

La cerimonia dell'atto notarile, l'intervento del notaio, che è o era sovente il consigliere della famiglia e che può ricordare al donante i suoi doveri e le conseguenze dell'atto, tutto ciò costituisce o costituiva un freno alle deliberazioni poco ponderate e poco giustificate, e può o poteva veramente presentarsi con una funzione che sta in alternativa con quella della *cause suffisante.*

Sembra che questa forma vada man mano perdendo il suo valore e il suo *charme* anche nel costume e sia soggetta ad un processo di decadenza.

Questo processo si fa più manifesto allorchè, come nel diritto svizzero, per la stessa promessa a titolo di donazione, che abbia per oggetto beni mobili, ci si accontenta della scrittura privata (art. 242 cod. svizzero obbligaz.) (41).

Nel diritto francese, che richiede la forma notarile anche per gli atti d'alienazione (v. *sub. a*), il processo di decadenza si manifesta sotto altri aspetti. Sono infatti ritenute valide, sia come promesse che come atti d'alienazione, le donazioni dissimulate, quelle fatte mediante un *billet non causé* o mediante cambiali, le promesse di sottoscrizione ad un'opera di

(41) Tuttavia questa forma della scrittura privata per le promesse di donazione non si può confondere con la scrittura privata imposta per certi tipi di atti diversi da quelle promesse (v. sopra § 18). Invero, la detta forma, dato che sta in alternativa con la *cause suffisante,* rappresenta piuttosto uno schema generico causale-formale (sia pure che la forma consista nella promessa scritta) per la validità di *tutte* le promesse *in genere* che siano prive di *cause suffisante* v. sopra § 18 e § 8 nota 3.

beneficenza o di interesse pubblico (42). Sono inoltre ritenuti validi, senza bisogno di quella forma, molti atti che sono delle vere e proprie donazioni *avec charges* o ai quali si nega il carattere di donazione, sol perchè vi manca il puro spirito di liberalità (v. su questi ultimi punti sopra §§ 9-11 e vol. II, Casistica). Le ragioni di queste eccezioni o deviazioni dal principio della forma notarile sono assai difficili da trovare (43): si tratta in realtà di una tendenza della giurisprudenza francese contraria all'esigenza di quella forma, sopratutto quando il venir meno alla *parola donnée* sembra meno giustificato. La simulazione, il *billet non causé,* la scrittura privata sono ben magri surrogati della funzione dell'atto notarile indicata sopra al § 8; anzi, la giurisprudenza francese, in quei casi, neppure si preoccupa del pratico annientamento di questa funzione (44).

La roccaforte della forma notarile nelle donazioni resta il diritto ita-

---

(42) Cfr. su questi vari punti, PLANIOL, *Traité pratique* cit., V, n. 413, 418 e 423 segg. e citazioni ivi. V. anche art. 488 c. civ. egiziano.

(43) Per la simulazione la giustificazione starebbe in ciò: che essa non è in sè causa di nullità; che gli artt. 911 e 1099 c. civ. francese, annullando le donazioni dissimulate in certi casi, lasciano intendere che esse sono valide negli altri; che si ammettono le donazioni indirette; che si devono proteggere i terzi (PLANIOL, *op. cit.*, n. 425 in nota). Tutte ragioni che lasciano perplessi. Ma la regola, affermatasi in giurisprudenza anche prima del cod. nap. è ormai ferma.

Altrettanto dicasi per le donazioni mediante il *billet non causé,* come promessa di pagamento o riconoscimento di debito, la cui validità si giustificherebbe col concetto di donazione indiretta mediante un atto neutro (PLANIOL, *op. cit.,* n. 413): giustificazione assai discutibile di fronte alle regola sulla presunzione di « causa » nel *billet non causé* (v. sopra § 22 nota esplic. n. 4, specie nota 37). Si potrebbe, forse meglio, parlare di donazione dissimulata sotto il riconoscimento di un debito giuridico preesistente avente una « causa » (onerosa!).

Quanto alle promesse di sottoscrizione ad un'opera di beneficenza o di interesse pubblico, si fanno valere: o il concetto di un contratto *sui generis,* ammesso nella consuetudine; o una *cause suffisante* consistente nell'interesse personale dei sottoscrittori o nella mancanza del puro spirito di liberalità; o il concetto di donazione indiretta. Ancor più dubbio, quest'ultimo (v. PLANIOL, *op. cit.,* n. 418).

(44) La stessa ammissibilità delle donazioni mobiliari mediante consegna e senza limiti di valore (v. sopra *sub a,* 1°) si giustificava, nella tradizione precedente il cod. nap., secondo un'economia in cui i mobili erano considerati cosa vile; ma non oggi!

liano, ove, non solo non si ammettono quelle deviazioni della giurisprudenza francese, ma si richiede la forma notarile anche per le donazioni mobiliari mediante consegna o altro atto di spoglio equipollente, quando superino il limite del modico valore (v. sopra *sub a*).

Il diritto germanico mantiene ferma l'esigenza della forma notarile o giudiziale per le promesse, non per le donazioni compiute mediante un atto di *transfert* (v. sopra *sub a*) (45).

Tuttavia, nonostante il cennato processo di decadenza della forma notarile, il principio della *cause suffisante* resta sempre fermo. Infatti la simulazione, il *billet non causé*, la scrittura privata e simili sono richiesti in quanto manca una *cause suffisante* (46): in questo senso, rappresentano anch'essi delle forme in alternativa alla *cause suffisante*. Se questa esiste, non v'è bisogno di rivestire l'atto di quelle forme o *vestimenta*.

Nella *common law* il processo di decadenza del *deed* (v. sopra § 34 *sub a*) ha ragioni diverse. Per essa non esiste la preoccupazione della protezione del promittente e della sua famiglia contro le donazioni: la *consideration* non corrisponde alla *cause suffisante;* e il *deed*, in mancanza di *consideration*, è richiesto anche per le obbligazioni di fare e per certe promesse interessate, che non integrano gli estremi del nostro concetto di donazione (v. sopra §§ 7, 16, 26, 28 e 30).

(45) Per la simulazione nei diritti italiano e germanico v. art. 1414 c. civ. it.; e art. 117 e 518 cod. civ. germanico.

(46) Cfr. PLANIOL, *op. cit.*, n. 425 nota 5 e giurisprudenza ivi, ove si afferma che non occorre il *billet non causé*, quando sussista una *cause suffisante* consistente in servizi resi o in un'obbligazione naturale (v. sopra § 11).

Quando, nel 1954, furono pubblicati i due volumi di Gino Gorla dedicati a "Il Contratto" la dottrina italiana del diritto civile, imbevuta di concettualismo pandettistico, quasi non se ne accorse. D'altronde era difficile che potesse accettare una visione realista e funzionale del diritto che metteva in dubbio le sue certezze e offriva una lettura non dogmatica di un istituto, il contratto, che vive e si sviluppa nel quotidiano agire sociale ed economico. Che, poi, un accademico si cimentasse nella analisi della prosaica giurisprudenza era, se non una eresia, quantomeno una bizzarria. Ben diversa fu l'attenzione – pur ostacolata dalla barriera linguistica – con la quale l'opera fu accolta all'estero, sia per la profondità del pensiero che per il metodo casistico proposto ed applicato alla comparazione giuridica. A distanza di settant'anni "Il Contratto" di Gorla conserva ancora la freschezza di pensiero non convenzionale e costituisce un punto di riferimento essenziale per il giurista che voglia studiare l'istituto sia nella dimensione domestica che in quella comparata. E troverà nel secondo volume una messe di casi che tuttora costituiscono validi esempi delle *ratio decidendi* inespresse sulle quali poggia la giurisprudenza del presente.

GINO GORLA (Crema 1906 – Roma 1992), laureatosi a Milano nel 1928 con Emilio Betti, ad appena 28 anni divenne professore di diritto civile nell'Università di Cagliari, grazie ad una monografia su "Del rischio e pericolo nelle obbligazioni". Gorla si allontana dalla allora imperante dogmatica con "L'interpretazione del diritto" del 1941, cui seguiranno molteplici altre opere. Dopo aver insegnato in numerosi altri atenei italiani ed una lunga e vivificante esperienza nella cosmopolita Alessandria d'Egitto, Gorla verrà chiamato all'Università La Sapienza, succedendo al grande giurista ed amico Tullio Ascarelli, nella cattedra di diritto comparato che ricoprirà fino al pensionamento. Gorla non si è limitato ad indagare questioni giuridiche (illuminante il suo "Commento a Tocqueville") del presente, ma con acribia ha ricostruito vicende giurisprudenziali storiche (fra tutti, gli studi sulla Rota Romana).

MAURIZIO LUPOI (Roma 1942), emerito di diritto comparato nell'Università di Genova, è stato uno dei primi allievi romani di Gino Gorla e con lui ha contribuito alla costituzione della Associazione Italiana di Diritto Comparato.

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI